



انفقه و اصول

فصلنامه علمی
(مطالعات اسلامی سابق)

ISSN-Print: 2008-9139
ISSN-Online: 2538-3892

سال ۵۲، شماره ۲، شماره پیاپی ۱۲۱
تابستان ۱۳۹۹



عناوین مقالات

- نهضت ترجمه و تأثیر آن بر اعتبار سنجی ظنون

احمد ابراهیمی زاده - دکتر علی جلائیان اکبرنیا - دکتر محمد میرزایی

- تحلیل انتقادی دلایل فقیهان بر «قتل»، «بردگی»، «منّ» و «فداء» اسیر جنگی

دکتر جواد ایروانی - دکتر سید محمد حسن موسوی خراسانی

- مستندات محذور تأسیس فقه جدید

مرضیه فتح آبادی - دکتر سید جواد خاتمی سبزواری - دکتر فاطمه رجایی - دکتر موسی حکیمی صدر

- بررسی امکان اشتراط ضمان امین در قرارداد مضاربه و عقود مشارکتی بانکی از منظر حقوقی و

فقهی (امامیه و عامه)

دکتر صدیقه سادات فقیه - دکتر حسین ناصری مقدم - دکتر علی اصغر ابوالحسنی

- واکاوی تاریخی قاعده عدم جواز اشتراط خیار در ایقاعات با رویکرد به آراء انتقادی صاحب عروه

دکتر سید علی جبار گلباغی ماسوله - دکتر عباسعلی سلطانی - دکتر محمد تقی فخلعی

- ماهیت تعزیری ثلث مازاد بر دیه نفس و آثار آن در قانون تغلیظ دیه

دکتر محسن ملک افضلی اردکانی

- امکان سنجی کاربرست نظریه استعاره مفهومی در تحلیل مسائل اصول فقه

دکتر سعید نظری توکلی - مسعود جهان دوست دالنجان

- تحلیل مصداقی - انتقادی جایگاه شرع در تقنین و دادرسی کیفری از رهگذر ارتباط فقه و حقوق

دکتر امیر وطنی - دکتر احمد باقری - دکتر مهدی شعبانی



فقه و اصول

نشریه دانشکده الهیات دانشگاه فردوسی مشهد

فصلنامه علمی

سال ۵۲ - شماره ۲ - شماره پیاپی ۱۲۱ - تابستان ۱۳۹۹

صاحب امتیاز: دانشگاه فردوسی مشهد

مدیرمسئول و سردبیر: دکتر محمدتقی فخلعی

هیئت تحریریه

دکتر علی اکبر ایزدی فرد

استاد گروه حقوق دانشگاه مازندران

دکتر احمد باقری

استاد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه تهران

دکتر محمد حسن حائری

استاد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

دکتر حسین صابری

استاد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

دکتر محمدتقی فخلعی

استاد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

دکتر سید محمدتقی قبولی درافشان

دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

دکتر جلیل فتواتی

دانشیار دانشکده حقوق پردیس فارابی

دکتر لیدا کلارک

استاد ممتاز گروه مطالعات اسلامی دانشگاه کونکوردیا کانادا

دکتر سیدمصطفی محقق داماد

استاد گروه حقوق دانشگاه شهید بهشتی

دکتر حسین ناصری مقدم

استاد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

یادآوری

۱ - نسخه حروفچینی شده بر روی نرم افزار Word از طریق سیستم مدیریت مجلات دانشگاه فردوسی مشهد ارسال شود.

۲ - مقاله ارسالی نباید در جای دیگر چاپ شده باشد.

۳ - چکیده مقاله به دو زبان فارسی و انگلیسی حداکثر هر یک تا ۱۰ سطر ضمیمه باشد.

۴ - این نشریه در ویرایش و احیاناً مختصر کردن مطالب آزاد است.

۵ - مقالات مندرج در این نشریه، بیانگر آرا و نظرهای نویسندگان آنها است.

۶ - زبان غالب نشریه فارسی است، ولی در مواردی بنا به تشخیص هیئت تحریریه مقالات ارزنده عربی نیز قابل چاپ است.

۷ - مقالات ارسالی بازگردانده نمی شود.

مدیر اجرایی: حسین ذکاوتی زاده

کارشناس: شاهسمن شاهرخ شاهیان

ویراستار: علی کشاورز

مترجم چکیده به انگلیسی: دکتر محمد هادی قبولی

شماره ثبت پروانه انتشار: ۱۷۴۴۵

نشانی: مشهد، میدان آزادی، پردیس دانشگاه فردوسی مشهد، دانشکده الهیات شهید مطهری (ره)، کدپستی

۹۱۷۷۹۴۸۹۵۵

تلفن: ۰۵۱ ۳۸۸۰۳۸۶۳

نشانی اینترنتی:

<http://jfiqh.um.ac.ir/>

این نشریه در مرکز منطقه‌ای اطلاع‌رسانی علوم و فناوری و پایگاه اطلاعات علمی جهاد دانشگاهی نمایه می شود.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مراحل بررسی و انتشار مقاله‌ها

- ۱- دریافت مقاله (فقط به روش الکترونیکی از طریق سیستم مدیریت مجلات وب سایت دانشگاه فردوسی مشهد).
- ۲ - اعلام وصول پس از دریافت مقاله.
- ۳ - بررسی شکلی و صوری مقاله (در صورتی که موارد ذکر شده در «راهنمای تدوین مقالات» رعایت نشده باشد، مقاله به منظور اصلاح به نویسنده برگشت داده می‌شود و در صورتی که مقاله فاقد معیار پژوهشی باشد، مردود می‌شود).
- ۴ - در صورتی که مقاله با معیارها و ضوابط نشریه مطابقت داشته باشد، برای داوران فرستاده می‌شود تا درباره ارزش علمی و شایستگی چاپ آن در نشریه قضاوت کنند.
- ۵ - نتایج داوری‌ها در جلسات هیئت تحریریه مطرح و تصمیم نهایی اتخاذ می‌شود.
- ۶ - نظر نهایی هیئت تحریریه به اطلاع نویسندگان مقاله‌ها می‌رسد.

راهنمای تدوین مقالات

حوزه فعالیت فصلنامه فقه و اصول عبارت است از فقه، اصول فقه، فلسفه فقه و موضوعات میان رشته‌ای، چون فقه و حقوق. این نشریه فقط مقاله‌هایی را منتشر خواهد کرد که حاوی یافته‌های نو و اصیل در زمینه‌های پیش گفته باشد. هیئت تحریریه همواره از دریافت نتایج تحقیقات استادان، پژوهندگان و صاحب نظران استقبال می‌کند. پژوهشگرانی که مایلند مقاله‌هایشان در نشریه فقه و اصول انتشار یابد، شایسته است به نکات زیر توجه کنند:

۱- هیئت تحریریه فقط مقاله‌هایی را بررسی خواهد کرد که قبلاً در جای دیگر چاپ نشده و هم زمان برای نشریه‌ای دیگر نیز فرستاده نشده باشد. بدیهی است پس از تصویب، حق چاپ مقاله برای مجله محفوظ است.

۲- زبان غالب نشریه فارسی است؛ ولی در موارد کاملاً استثنایی بنا به تشخیص هیئت تحریریه مقاله‌های ارزنده عربی و انگلیسی نیز قابل چاپ است.

۳- حجم مقاله نباید از ۲۵ صفحه مجله (۸۵۰۰ کلمه در نرم افزار word) بیشتر باشد.

۴- چکیده مقاله (شامل اهداف، روش‌ها و نتایج) به سه زبان فارسی، عربی و انگلیسی حداکثر در ۱۰ سطر ضمیمه باشد و کلید واژه‌های مقاله (حداقل ۳ و حداکثر ۷ واژه) به دنبال هر چکیده بیاید.

- ۵- رعایت «دستور خط فارسی» مصوب فرهنگستان زبان و ادب فارسی (قابل دسترس در سایت فرهنگستان) الزامی است.
- ۶- هیئت تحریریه در اصلاح و ویرایش علمی و ادبی مقاله‌ها آزاد است.
- ۷- شکل لاتینی نام‌های خاص و واژه‌های تخصصی و ترکیبات خارجی با ذکر شماره در پاورقی درج شود.
- ۸- نام کامل نویسنده، رتبه دانشگاهی یا عنوان علمی و نام مؤسسه متبوع وی به دو زبان فارسی و انگلیسی قید و همراه با نشانی پستی، شماره تلفن و نشانی الکترونیکی ارسال گردد.
- ۹- ارجاع به منابع، حاوی حداقل اطلاعات وافی به مقصود، بلافاصله پس از نقل مطلب یا اشاره به آن در درون متن و میان دو کمان () بیاید.
- ۹-۱- منظور از حداقل اطلاعات، نام صاحب اثر و شماره جلد و صفحه منبع یا کد متداول آن است؛ مثال: (شهید ثانی، ۱۱/۲-۱۲؛ مفید، ۸۷)
- ۹-۲- در مورد منابع لاتین اطلاعات داخل پرانتز به زبان اصلی نوشته شود؛ مثال: (Gadamer, 85)
- ۹-۳- در صورتی که از یک نویسنده چند اثر مورد استناد قرار گیرد، لازم است با درج نام اثر پس از نام مؤلف در هر مورد رفع ابهام شود.
- ۹-۴- یادداشت‌های توضیحی شامل توضیحات بیشتری که به نظر مؤلف ضروری به نظر می‌رسد، با ذکر شماره در پاورقی همان صفحه درج شود. در یادداشت‌ها چنانچه به مأخذی ارجاع یا استناد شود، از همان شیوه ارجاع درون متنی تبعیت می‌شود.
- ۱۰- ضروری است فهرست منابع به ترتیب الفبایی نام خانوادگی یا نام شهر نویسندگان (منطبق با مستند مشاهیر ایران یا فهرست کتابخانه ملی) در انتهای مقاله بیاید. عناصر کتابشناختی در مورد مقاله‌ها، کتاب‌ها و گزارش‌ها و سایر مراجع به شرح زیر است:
- ۱۰-۱- مقاله‌ها: نام نویسنده، عنوان کامل مقاله (داخل گیومه)، نام مجله یا مجموعه مقالات (با حروف ایرانیک یا ایتالیک)، جلد یا دوره، شماره، سال انتشار، شماره صفحات آغاز و انجام مقاله.
- ۱۰-۲- کتاب‌ها: نام نویسنده، عنوان کتاب (با حروف ایرانیک یا ایتالیک)، نام مترجم یا مصحح، محل انتشار، نام ناشر، نوبت چاپ، سال انتشار.
- ۱۰-۳- گزارش‌ها و سایر مراجع: اطلاعات کافی و کامل داده شود.

- ۱۱- تاریخ‌های ذکر شده در مقاله اگر مربوط به هجری شمسی باشند بدون هیچ نشانه‌ای ذکر شوند. در غیر این صورت برای تاریخ هجری قمری از علامت اختصاری ق. و برای میلادی از نشانه م. استفاده شود.
- ۱۲- برای ارجاع به آیات قرآنی اسم سوره و شماره آیه در داخل پرانتز نوشته شود؛ مثال: (کوثر: ۲).
- ۱۴- پرانتز (،) و آکولاد [] نسبت به بعد آن با فاصله و نسبت به قبل و نیز محتوای داخل آن بدون فاصله تایپ شود. در مورد گیومه «» نیز همین قاعده رعایت می‌شود مگر آن که نسبت به ماقبل نیز با فاصله نوشته می‌شود.
- ۱۵- علائمی نظیر ویرگول (،)، نقطه (.)، نقطه ویرگول (؛)، و دو نقطه (:)، نسبت به ماقبل خود بدون فاصله تایپ شوند؛ حتی اگر ماقبل آن‌ها نشانه‌هایی نظیر پرانتز و گیومه باشد.
- ۱۶- پیشوندهایی نظیر «می» و «نمی» و نیز مجموعه «ام، ای، ایم، اید و اند» باید به صورت جدا و با «نیم فاصله» نوشته شوند؛ نظیر: می‌روم؛ خسته‌ام.
- ۱۷- در میان نشانه‌های ثانوی خط فارسی گذاردن تنوین (ـَ و ـُ) (در کلماتی نظیر: اولاً، قبلاً، واقعاً، مضافاً الیه، بعبارۀ آخری)، مدّ روی الف (نظیر آرد، مأخذ) و یای کوتاه روی های غیرملفوظ (نظیر نامه من) الزامی است و در بقیۀ موارد (تشدید، فتحه، کسره و ضمه) غیرالزامی است مگر آن که موجب ابهام و التباس شود؛ نظیر: معین / معین؛ علی / علی؛ بنا / بنا؛ عَرَضه / عَرَضه؛ حَرَف / حَرَف.
- ۱۸- ضروری است مقاله بر روی نرم افزار word حروفچینی شده و برای بارگذاری آن از طریق نرم افزار سیستم مدیریت مجلات وب سایت دانشگاه فردوسی مشهد اقدام شود.
- ۱۹- پذیرش اولیه مقاله منوط به رعایت راهنمای تدوین مقالات و برخورداری از حداقل استاندارد پژوهشی و پذیرش نهایی آن منوط به تأیید داوران و هیئت تحریریه است.
- ۲۰- مقاله‌های ارسال شده بازگردانده نمی‌شود.

مشاوران علمی این شماره

۱. دکتر جواد ایروانی (دانشیار دانشگاه علوم اسلامی رضوی)
۲. حجت الاسلام مجتبی الهی خراسانی (استادیار دفتر تبلیغات اسلامی مشهد)
۳. دکتر علی الهی خراسانی (پژوهشگر گروه فقه کاربردی پژوهشکده اسلام تمدنی)
۴. دکتر محمد حسن حائری (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)
۵. حجت الاسلام علی رحمانی (عضو هیئت علمی دانشگاه باقرالعلوم)
۶. دکتر حسین صابری (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)
۷. دکتر محمدتقی فخلعی (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)
۸. دکتر جلیل قنواتی (دانشیار پردیس فارابی دانشگاه تهران)
۹. دکتر سید علی جبار گلباغی ماسوله (استادیار دانشگاه آزاد واحد لاهیجان)
۱۰. دکتر حسین حقیقت پور (استادیار دانشگاه یزد)
۱۱. دکتر عباسعلی سلطانی (دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد)
۱۲. بلال شاکری (استاد سطح عالی حوزه علمیه خراسان)
۱۳. دکتر سید محمد تقی قبولی درافشان (دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد)
۱۴. دکتر حسین ناصری مقدم (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)

فهرست مندرجات

<u>صفحه</u>	<u>عنوان</u>
۹	نهضت ترجمه و تأثیر آن بر اعتبار سنجی ظنون احمد ابراهیمی زاده - دکتر علی جلائیان اکبرنیا - دکتر محمد میرزایی
۳۱	تحلیل انتقادی دلایل فقیهان بر «قتل»، «بردگی»، «من» و «فداء» اسیر جنگی دکتر جواد ایروانی - دکتر سید محمد حسن موسوی خراسانی
۵۱	مستندات محذور تأسیس فقه جدید مرضیه فتح آبادی - دکتر سید جواد خاتمی سبزواری - دکتر فاطمه رجایی - دکتر موسی حکیمی صدر
۷۳	بررسی امکان اشتراط ضمان امین در قرارداد مضاربه و عقود مشارکتی بانکی از منظر حقوقی و فقهی (امامیه و عامه) دکتر صدیقه سادات فقیه - دکتر حسین ناصری مقدم - دکتر علی اصغر ابوالحسنی
۹۹	واکاوی تاریخی قاعده عدم جواز اشتراط خیار در ایقاعات با رویکرد به آراء انتقادی صاحب عروه دکتر سید علی جبار گلباغی ماسوله - دکتر عباسعلی سلطانی - دکتر محمد تقی فخلعی
۱۲۳	ماهیت تعزیری ثلث مازاد بر دیه نفس و آثار آن در قانون تغلیظ دیه دکتر محسن ملک افضلی اردکانی
۱۴۱	امکان سنجی کاربست نظریه استعاره مفهومی در تحلیل مسائل اصول فقه دکتر سعید نظری توکلی - مسعود جهان دوست دالنجان
۱۶۳	تحلیل مصداقی - انتقادی جایگاه شرع در تقنین و دادرسی کیفری از رهگذر ارتباط فقه و حقوق دکتر امیر وطنی - دکتر احمد باقری - دکتر مهدی شعبانی



نهضت ترجمه و تأثیر آن بر اعتبار سنجی ظنون*

احمد ابراهیمی زاده^۱

دانشجوی دکتری تاریخ و تمدن ملل اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

Email: ebrahimi.ah@mail.um.ac.ir

دکتر علی جلائیان اکبرنیا

استادیار دانشگاه علوم اسلامی رضوی

Email: jala120@yahoo.com

دکتر محمد میرزایی

استادیار دانشگاه علوم اسلامی رضوی

Email: mirzaee@razavi.ac.ir

چکیده

خیزش حاکمان مسلمان برای ترجمه آثار دیگر ملل، در سده‌های اولیه ظهور اسلام به نهضت ترجمه معروف است. تأثیر این پدیده فرهنگی بر اندیشه مسلمانان درخور توجه است و اندیشه فقهی مسلمانان از آن جدا نیست. در فقه بسیاری از ادله استنباط احکام از ظنون به شمار می‌روند و این در حالی است که پیروی از ظنون در قرآن کریم به شدت تقبیح شده است. این تناقض‌نمایی به چالشی در مسیر عمل به ادله استنباط تبدیل شده است. هدف از این نوشتار، شناخت منشأ این تناقض‌نمایی و کشف راه برون رفت از آن است. این نوشته که به شیوه تاریخی تحلیلی توصیفی و با تکیه بر منابع کتابخانه‌ای فراهم آمده، مدعی است که تناقض‌نمایی یاد شده تحت تأثیر تحول معنایی واژه‌گان علم و ظن در اثر ترجمه علوم چون منطق رخ داده است. تعاریف و دیدگاه‌هایی که با ترجمه به جهان اسلام راه یافته ابتدا از سوی برخی متکلمان اهل سنت در تقابل با اهل حدیث مطرح شده، اما دیدگاه برخی فقیهان شیعه نیز از آن بی‌تأثیر نمانده است.

کلیدواژه‌ها: حجیت ظنون، نهضت ترجمه، علم، ادله احکام.

*. مقاله پژوهشی؛ تاریخ وصول: ۱۳۹۷/۰۸/۰۶؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۷/۱۲/۲۱.

۱. نویسنده مسئول

The Translation Movement and its Effect on the Validation of Conjectures

Ahmad Ibrahim Zadeh, Ph.D. Student, History and Civilization of Islamic Nations, Ferdowsi University of Mashhad (corresponding author)

Ali Jalaeian Akbarnia, Ph.D. Assistant Professor, Razavi University of Islamic Sciences

Mohammad Mirzaei, Ph.D. Assistant Professor, Razavi University of Islamic Sciences

Abstract

The rise of Islamic rulers to translate the works of other nations in the early centuries of the appearance of Islam is known as the translation movement. The influence of this cultural phenomenon on the Muslims' thought is noteworthy and the Muslims' jurisprudential thought is not separated therefrom. In the Islamic jurisprudence, many of the proofs for inferring the verdicts are considered conjectures, while following the conjectures has been strongly condemned in the Holy Quran. This paradox has become a challenge in the course of acting on the basis of proofs of inference. The purpose of this paper is to identify the origin of this paradox and find a way out of it. This paper, which has been prepared by historical-analytical-descriptive method relying on library sources, claims that the above said paradox has happened as a result of the semantic evolution of the terms knowledge and conjecture due to the translation of sciences such as logic. The definitions and attitudes entered into the Islamic world through translation have been proposed initially by some Sunni theologians in opposition to Ahl al-Hadith; however, the views of some Shiite jurists have been affected by them as well.

Keywords: authority of conjectures, the translation movement, knowledge, proofs of verdicts.

مقدمه

حجیت ظنون از مهم‌ترین مباحث اصول فقه است. حجیت خبر واحد و ظواهر قرآن که بیشتر احکام دین از طریق آن‌ها استنباط می‌شود مبتنی بر حجیت ظنون است. از سویی در جایی پیروی از ظن در لسان شارع به شدت تقبیح شده است و از سوی دیگر اکثر معارف دین از احکام و اعتقادات، به وسیله ظنون اثبات می‌شود. این تعارض به مشکل بزرگی بر سر راه عمل به ادله مبدل شده است. حل این تعارض به چیست و عامل آن کدام است؟ برای مثال غالب شیعیان پس از دوران غیبت صغرا به اخبار واحد عمل می‌نمودند و حتی در مورد اعتقادات آن را می‌پذیرفتند؛ اما اندکی بعد، عدم حجیت خبر واحد نگاه غالب شیعه شد و غالب فقیهان شیعه تا سده هفتم منکر حجیت خبر واحد در اعتقاد و عمل شدند. درحالی‌که به تصریح فقیهان، غالب اخبار، واحدند و خبر متواتر به ندرت یافت می‌شود. انکار حجیت ظواهر قرآن و تقلید توسط اخباریان نیز ثمره همین تعارض است. فقیهان برای اثبات جواز عمل به ادله، راه‌های مختلفی را پیمودند. برخی سعی کردند اثبات نمایند حجیت برخی ظنون استثنا شده که تعیین و اثبات حجیت آن به نوبه خود نزاعی به دنبال داشت.

برخی انسداد باب علم را برای اثبات جواز عمل به ادله ظنی مطرح نمودند. مدعیان انسداد، باب علم را منسد دانسته و مکلفین را ناچار از عمل به ظنون می‌دانند. و انسداد را به کبیر و صغیر تقسیم نموده‌اند. برخی حق الطاعه را برای اثبات حجیت ظنون مطرح نموده‌اند، که بر اساس آن عقل حکم می‌کند برای اطاعت مولی، باید حتی دستورات احتمالی را نیز بجا آورد.

گرچه از گذشته تا کنون برای اثبات حجیت ظنون ادله مختلف عقلی و نقلی ارائه شده است اما هنوز جای نگاه تاریخی به مسئله و ارتباط آن با اندیشه‌هایی که از طریق ترجمه به جهان اسلام راه یافته خالی می‌باشد. هدف از این جستار بررسی تاریخی مسئله حجیت ظنون و سهم اندیشه‌هایی است که در این راستا و در پی نهضت ترجمه به جهان اسلام راه یافته است. بدین منظور ابتدا مفهوم اصیل دو واژه علم و ظن و چگونگی تحول لغوی آن‌ها بررسی شده است. در ادامه به چگونگی شکل‌گیری مفهوم جدید دو واژه علم و ظن در یونان باستان و چگونگی انتقال آن‌ها به جهان اسلام و سرایت آن به اصول فقه سخن رفته است. به دنبال آن بروز تغییر در نگاه به خبر واحد و شکل‌گیری مسئله حجیت ظنون بحث شده است.

چیستی نهضت ترجمه

«نهضت» از نهض به معنای برخاستن است و به قسمتی از زمین گفته می‌شود که می‌توان بر آن پا گذاشته و بالا رفت (ابن منظور، ۷/ ۲۴۶). نیرو، انرژی و حرکت نیز از معانی این کلمه‌اند (معلوف، ۸۴۲؛

البستانی اللبناني، ۲/۲۵۱۹؛ الخوری الشرتونی، ۲۸۳).

«ترجمه» در اصل به معنای نقل سخن از زبانی به زبان دیگر است (ابن سیده، المحکم و المحيط الاعظم، ۷/۴۲۱؛ ابن منظور، ۱۲/۲۲۹؛ فیروزآبادی، ۱/۱۰۸۲) ترجمه به معنای توضیح و تفسیر نیز به کار رفته است (العوتبی، ۴/۱۰۰؛ شوقی ضیف و دیگران، ۸۲؛ زبیدی، ۱۶/۷۳).

خیزش حاکمان مسلمان جهت ترجمه علوم دیگر ملل را «نهضت ترجمه» نامیده‌اند. تلاش برای ترجمه از نیمه سده دوم و با روی کار آمدن عباسیان آغاز گردید و تا اواخر سده چهارم ادامه یافت؛ در نتیجه این امر شماری از آثار اصلی تمدن‌های یونان، ایران، مصر و هند به عربی ترجمه شد. بیشتر این آثار در زمینه طب، ریاضیات، نجوم، فلسفه و آیین کشورداری بود (هاشمی و دیگران، ۳) نهضت ترجمه به سه دوره تقسیم شده است (جان احمدی، ش ۴/۸۸):

دوره اول از خلافت منصور (۱۳۶ هـ) تا پایان وفات هارون الرشید (۱۹۳ هـ)

دوره دوم از روی کار آمدن مأمون (۱۹۸ هـ) تا خلافت مقتدر (۳۰۰ هـ)

دوره سوم از ۳۰۰ هجری تا اواسط قرن چهارم

ترجمه متون بیشتر به دست غیر مسلمانان انجام می‌گرفت (روزنتال، ش ۱۵/۱۶۴). مترجمان عمدتاً از سه گروه دینی زرتشتیان، مسیحیان و صابئیان بودند (صفا، ۲۸-۲۹). سرآمد مترجمان در سده دوم، زرتشتیان و در سده سوم، مسیحیان نستوری و صابئیان و در سده چهارم مسیحیان یعقوبی بودند (هاشمی، ۳). مسیحیان خود چند دسته بودند: نستوریان، یعقوبیان و ملیکائیان (همان، ۲۶).

حاکمان مسلمان به ترجمه کتب فلسفه و طب بسیار راغب بودند. بدون تردید کتب ارسطو جایگاه اول را در میان آثار ترجمه شده داشت. مسلمانان از میان علوم فلسفی اول بار با منطق ارسطو آشنا شدند. ارسطو را معلم اول نامیده‌اند و همه تألیفات او را از طبیعیات و مابعدالطبیعه و کتب اخلاقی، اقتصادی، سیاسی و منطقی به عربی ترجمه کردند. در طول نهضت ترجمه، برخی آثار ارسطو بیش از چهار بار ترجمه شد. از بیست کتاب وی، هشتاد و هشت ترجمه نام برده‌اند (هاشمی، ۳۷).

«ترجمه‌هایی که به ذکر آن پرداختیم در جهان اسلام و عرب، موجب چنان انقلاب فکری و فرهنگی و لغوی گردید که در تمام تاریخ تمدن بشری نظیری نداشته، حتی بر رنسانس اروپا در قرن پانزدهم میلادی برتری داشت». (آیتی، ۱۳۵۴: ش ۵/۳۱۳)

از جمله این تأثیرات، برجسته شدن غیر عادی جایگاه ارسطو در بین مسلمانان (ابن ندیم، الفهرست، ۳۰۱) و انکار نبوت (بدوی، من تاریخ الالحاد فی الاسلام، ۱۱۹) و امامت توسط برخی می‌باشد. چنانکه روحیه گنوسی بر برخی فرق اسلامی سیطره یافت. همچنین گلدتسیهر مدعی تأثیر اندیشه‌های گنوسی و نتو

افلاطونی بر حدیث است (بدوی، التراث ...، ۲۱۸-۲۴۱).

از دیگر تأثیرات نهضت ترجمه، تطوّر نثر عربی است. دیوان سالاران ایرانی^۱ در این مسئله نقشی به سزا داشتند. آنان صور فنی فارسی را به زبان عربی انتقال دادند (عسکری، الصناعتین، ۵۲) به درجه‌ای که جاحظ (۱۶۰-۲۵۵ هـ) جهت کمال فن بلاغت به خواندن کتاب ابن کاروند (عبدالحمید کاتب) توصیه می‌کند (جاحظ، الصناعتین، ۳/۵-۶).

نهضت ترجمه شعر عربی را نیز بی‌تأثیر نگذاشت. افکار، موضوعات، سبک و صور فنی ملل بیگانه در اشعار این دوره، مخصوصاً نزد متصوفه، ابوالعاهیه، متنبی و ابوالعلاء معری مشهود است (آیتی، ۱۳۵۴: ش ۳۱۴/۵).

از جمله تأثیرات مهم نهضت ترجمه را می‌توان در لغت عرب دانست. تأثیر ترجمه چه از حیث ورود لغات جدید و چه از حیث تحول معنای لغات قابل توجه است. برخی کلمات در اثر ترجمه معنای جدید یافت که در اصطلاح «مؤلّد» نام دارد (حلمی خلیل، ۲-270).

معنا شناسی ظن و علم

ظن و علم، از واژه‌هایی هستند که پس از نهضت ترجمه، معنای جدید یافتند. این تغییر معنایی چنانکه می‌آید در شکل‌گیری مسئله حجیت ظنون دخیل بود. پس نگاهی به معنای اصیل این دو واژه و تغییر آن ضروری می‌نماید.

تغییر معنایی ظن

ظن به معنای شک و یقین است (فراهیدی، ۱۵۲/۸؛ ابن سلام، ۶۲۹/۲؛ ازهری، ۲۶۰/۱۴؛ ابن عباد، ۱۲/۱۰؛ ابن فارس، ۴۶۲/۳؛ ابن سیده، ۸/۱۰؛ کراع النمل، ۵۸۶/۱؛ العوتبی، ۴۶۸/۳) مقصود از شک نقیض یقین است (ر.ک: فراهیدی، ۲۷۰/۵) و هر باوری که با تردید همراه باشد را در برمی‌گیرد، خواه تردید اندک باشد یا بسیار.

ظن در قرآن کریم و روایات نیز به همین معنا است و به معانی مختلف از جمله علم بدیهی، (فصلت: ۴۸؛ کهف: ۵۳) یقین (بقره: ۴۶) (کلینی، ۴۷۳/۲؛ توانایی، ش ۱۷۸/۱۵)، باور و اعتقاد (جن: ۱۲) (زمخشری، ۶۲۷/۴؛ کلینی، ۵۸/۲)، احتمال قوی (بقره: ۲۳۰) (طبرسی، ۲۱۷/۱) حسابان (فصلت: ۵۰) (شاکر، ش ۱۱۸/۸۴) به کار رفته است.

۱. چون عبدالحمید کاتب (۷۵ - ۱۳۲ هـ) و عبدالله بن مقفع (م ۱۴۵ هـ)

اوهام، خرافات و اکاذیب نیز از معانی هستند که ظن در آنها به کار رفته است (نجم: ۲۷-۲۸؛ جاثیه: ۲۳) (کلینی، ۳۸۹/۲؛ طبرسی، ۴۵۳/۳؛ طریحی، ۲۷۹/۶؛ ابوالفتوح رازی، ۲۵/۲).

دگرگونی معنایی در واژه ظن از اوایل قرن چهارم قابل پیگیری است. سه گروه معنایی در این ایام به چشم می خورد:

گروه اول: ظن را مشترک لفظی می داند. چه آنهایی که ظن را از اضداد^۱ خوانده اند (کراع النمل، ۱/ ۵۸۶) و چه آنان که معنای اصلی ظن را شک دانسته که گاه به معنای یقین نیز هست (ازهری، ۱۷۹/۱۰).

گروه دوم: ظن را مشترک معنوی می دانند که شامل یقین، شک و... می باشد (ابن الانباری، ۱۴؛ الخطابی، ۲۶/۳؛ ابن سیده، المخصص، ۱۷۴/۴) در نتیجه هر دو دسته شک و یقین را از معانی ظن می دانند.

گروه سوم: ظن را مرحله ای میان یقین و شک و به معنای برتری یکی از طرفین احتمال با امکان نقیض می داند (عسکری، الفروق اللغویه، ۹۸-۹۹/۱) این تعریف اول بار توسط ابوهلال عسکری (م تقریباً ۳۹۵ هـ) معتزلی در کتب لغت مطرح شد. او برخلاف دیگران سعی کرد آیات قرآن را نیز همین گونه معنا کند (همان، ۱۰۰).

معنایی که ابو هلال برای ظن ذکر کرد به تدریج بر معنای اصیل ظن غلبه کرد و از سده نهم به بعد اکثر معاجم ظن را طرف راجح احتمال با امکان نقیض دانستند و معنای دیگر برای آن ذکر نمودند (جرجانی، ۱/ ۱۴۴؛ سیوطی، ۶۴؛ السنیکی، ۶۷؛ حدادی، ۲۳۱؛ کفوی، ۶۷؛ مدنی، ۳۹۹/۱؛ تهنائی، ۱۱۵۴/۲؛ معلوف، ۴۸۱؛ زبیدی، ۳۶۳/۱۸؛ بستانی، ۱۴۹۹/۲؛ احمد رضا، ۳/ ۶۶۷؛ شوقی ضیف، ۵۷۸).

در جمع بندی می توان گفت که ظن در لغت و قرآن در معانی مختلف به کار رفته است و از علم بدیهی تا اوهام و اکاذیب ظن خوانده شده اند. محدود کردن معنای ظن به طرف راجح احتمال اول بار توسط معتزله در لغت مطرح شد ولی بعدتر این معنا بر معنای لغوی ظن غلبه کرد.

تغییر معنایی علم

۱. اضداد: جمع ضد است و به واژه ای گفته می شود که دارای دو معنای متضاد باشد. مانند جون که هم به معنای سیاهی و هم به معنای سفیدی است. و ظن که به معنای شک و یقین است.

درک معنای علم به جهت ارتباطش با ظن ضروری می‌نماید، زیرا علم مصطلح در مقابل ظن است. در لغت -برخلاف معنای مصطلح- علم در مقابل جهل است (خلیل، ۱۵۲/۲؛ ابن‌درید، ۹۴۸/۲؛ فیروزآبادی، ۱۱۰/۴؛ ابن‌سیده، المخصص، ۱۷۴/۲؛ ابن‌منظور، ۴۱۷/۱۲) لذا هر درجه‌ای از دانایی، علم خوانده می‌شود. خواه طرف برتر احتمال با امکان خطا باشد (طریحی، ۱۲۱/۶) و خواه طرف ضعیف احتمال باشد. در قرآن نیز علم به معنای طرف برتر احتمال با امکان خطا، به کار رفته است. (ممتحنه: ۱۰) (ر. ک: سرخسی، ۱۸۶؛ ابن‌قدامة، ۲۵؛ علامه طباطبایی، ۴۱۰/۱۹؛ الجواد الکاظمی، ۳۳۷؛ طریحی، ۱۲۱/۶؛ محمود عبدالرحمن، ۵۳۳/۲).

در برخی آیات (نجم: ۲۸؛ جاثیه: ۲۴؛ نساء: ۱۵۷) علم در مقابل ظن به کار رفته و ممکن است چنین برداشت شود که ظن نقیض علم است (حر عاملی، ۱۹۰) باید توجه داشت که ظن به کار رفته در آیات مذکور به معنای اوهام و اکاذیب و خرافه که است (طبرسی، ۴۵۳/۳؛ طریحی، ۲۷۹/۶؛ ابوالفتوح رازی، ۲۵/۲) که دانایی به حساب نمی‌آید. در نتیجه نمی‌توان ظن را نقیض علم پنداشت.

معنای علم نیز همانند ظن تغییر یافت و اعتقادی که امکان خلاف نداشت علم نامیده شد. علم به این معنا در مقابل ظن اصطلاحی -یعنی اعتقادی است که احتمال خطا دارد- است. نخست ابوهرال معتزلی، علم را چنین معنا کرد. (عسکری، الفروق اللغویه، ۱۰۰/۱؛ ازدی، ۹۲۲/۳) به دنبال ابوهرال برخی علم را به معنای یقین دانستند (برای مثال ر. ک: فیومی، ۴۲۷؛ موسی، حسین یوسف، ۲۱۶/۱) که اعتقادی است که با احتمال خطا همراه نیست.

خاستگاه معنای جدید علم و ظن

شناخت خاستگاه معنای جدید علم و ظن ضروری است. چرا که اندیشه به بیماری مسری بی‌شبهت نیست، هردو از مردمی به دیگر مردمان سرایت می‌کنند. برای شناخت سرایت اندیشه، ابتدا باید منشأ آن را شناخت. آنگاه چگونگی انتقال را بررسی کرد.

تعریف علم در یونان

ریشه معنای جدید علم و ظن را باید در تعاریف فیلسوفان یونان جستجو کرد. تعریف علم بی‌تأثیر از فضای فکری یونان نبود. تشکیک سوفسطاییان که منکر علم و حقیقت یقینی بودند، سقراط را وا داشت تا علم را -آنچه بحث‌های سوفسطائیان را پایان دهد و کسی با آن مخالفت نکند- معرفی کند (مهدوی، ۵۷). افلاطون و ارسطو به پیروی از سقراط علم را جزمی و غیر قابل تردید تعریف کردند (مهدوی، ۷۵-۸۵).

از نگاه ارسطو علم باوری است که احتمال خطا نداشته باشد و آنچه احتمال خطا دارد ظن است (ارسطو، ۴۲۲-۴۲۳).

روایان تندتر رفته و حقیقت را در بدیهیات محصور کردند؛ پس تصوّراتی که چنان واضح باشد که همه آن را پذیرفته و تصدیق کنند را حقیقت خواندند (مهدوی، ۵۸).

آنچه بعدها در میان برخی متکلمان مسلمان اهمیت یافت تعامل روایان با ظن است. آنان ظن را معرفت به شمار نمی‌آوردند (الفاخوری، ۱/ ۷۶) این به شکلی بر نگاه برخی متکلمان تأثیر گذاشت. با ترجمه منطق از خلال نهضت ترجمه، تعریف ارسطو از علم به جهان اسلام آمد و منطق‌دانان مسلمان آن را پذیرفتند. (ر.ک: ذکیانی، ش ۲، ۷۷؛ فارابی، ۱/ ۳۵۰؛ صلیبا، ۲/ ۳۴). دیدگاه روایان بیشتر از راه شروح و حواشی منطق به جهان اسلام راه یافت (ابن سینا، ۲/ ۱۷؛ مدکور، ش ۱/ ۴۵) در نتیجه تعریف‌ها و دیدگاه‌هایی که در شرایط خاص یونان شکل گرفت به جهان اسلام آمد.

رسوخ مفاهیم جدید به میان مسلمانان

برخی متکلمان تعریف‌ها و نگاه فیلسوفان یونان به علم و ظن را میان مسلمانان رواج دادند. برخی که از سوی اهل حدیث به پیروی از ظنون و اوهام متهم شده بودند، (برای اطلاع بیشتر از نزاع متکلمان و اهل حدیث ر.ک: خضری بک، ۱۶۹؛ شعبان اسماعیل، ۲۵؛ شافعی، ۵-۶) برای مقابله با آنان از تعاریف یونانی علم بهره جستند.

در میان اهل سنت از عصر صحابه، حدیث علم خوانده می‌شد (ابن عبدالبر، ۱/ ۷۶۱-۷۶۲) حتی چون علم گفته می‌شد، حدیث به ذهن خطور می‌کرد (همان، ۷۶۱-۷۶۹-۷۳۳) اما بعدتر گفته شد: گروهی نام سَمَنیّه اعتقاد دارند علم تنها از ادراک حسی بدست می‌آید و خبر علم‌آور نیست (باقلائی، ۱/ ۹۷-۱۰۴؛ علم الهدی، ۲/ ۵).

پاسخی که در کتاب «الرد علی بشر المریسی» به این گفته داده شده ما را به بشر مریسی (۱۳۸-۲۱۹ هـ) می‌رساند که از بزرگان مرجئه و حلقه اتصال این گروه با معتزله است (صابری، ۷۷). سَمَنیّه چه هندو باشند و چه شمن‌های بودایی، پیش‌تر نیز برخی متکلمان نظرات خود را به گروه‌های کمتر شناخته شده چون سَمَنیّه نسبت داده بودند (بدوی، من تاریخ الالحاد فی الاسلام، ۱۶۱) اما اصالت حس از اندیشه‌های دموکریتوس (م ۳۷۰ پ م) است که ارسطو به تأثر از آن، منشأ هر علم را حس دانست. (ر.ک: ماکوولسکی، ۷۶-۷۹)

در کنار تعریف رواقیان از علم، نگاه رواقیان به ظن -که آن را معرفت به شمار نمی‌آوردند- نیز در میان برخی متکلمان رسوخ کرد. نظام معتزلی^۱ (م ۲۳۰ هـ) به سان رواقیان حقیقت را در بدیهیان محصور می‌دانست و ظن را شناخت، به حساب نمی‌آوردند. لذا حجیت اجماع و قیاس و هر خبری که مفید علم ضروری نباشد را انکار نمود. (بغدادی، ۱۱۴)

به باور نظام چنانکه از اجتماع کوران بینا ایجاد نمی‌شود، از اجتماع خبرهایی که علم‌آور نیست نیز علم بدست نمی‌آید، پس تواتر علم آور و حجت نیست (ابن حزم، الفصل، ۵/ ۵۷).

برخی دیگر از معتزلیان نیز هم‌آوا با رواقیان، ظن را معرفت به حساب نیاورده و حجیت آن را انکار نمودند. از جمله ابوبکر بن کیسان اصم بصری^۲ (م ۲۵۵ هـ) ادعا کرد به خاطر احتمال کذب و خطا نباید به خبر واحد عمل کرد. او گفت: اگر در میان صد خبر یکی صحیح نباشد واجب است که از عمل به همه خودداری شود (ابن حزم، الاحکام، ۱/ ۱۱۹).

ابوعلی جبائی^۳ (م ۳۰۳ هـ) تعبد به خبر واحد را محال شمرد؛ زیرا امکان دارد درست یا غلط باشد (ساعاتی، ۱/ ۳۲۵).

بنابراین گذشته از مفهوم علم که برخی متکلمان برای تشکیک در حدیث به کار گرفتند، نگاه رواقیان که ظن را معرفت به شمار نمی‌آوردند نیز در انکار حجیت ادله به خصوص خبر واحد تأثیرگذار بود. انکار جواز عمل به خبر واحد که متأثر از تعریف منطق از علم و نگاه رواقی بود به اهل سنت محدود نشد.

سرایت مفهوم و نگاه جدید به ظن در بین شیعیان

شیخ طوسی اجماع امامیه از زمان پیامبر و پس از ایشان از زمان صادقین (ع) را در عمل به خبر واحد می‌داند. (طوسی، العده، ۱/ ۱۳۶-۱۴۱) شیعیان در اعتقادات نیز خبر واحد را می‌پذیرفتند. (علم‌الهدی، ش ۱۷/ ۱۰۴-۱۰۵) آغاز تغییر رویکرد شیعیان به خبر واحد را باید به مکتب فقیهان متکلم بغداد نسبت داد. (رضاداد، مکتب حدیثی بغداد، ۱۴۵؛ مدرسی طباطبائی، مقدمه‌ای بر فقه شیعه، ۴۱).

۱. فرقه‌ای از معتزله بدو منسوب‌اند، در فلسفه چیره دست و به رعایت منطق در استدلال معروف بود. (الف، ۵۰۷/۲) او را متأثر از رواقیان دانسته‌اند. (مدکور، ش ۱۱/۱۷)

۲. ابوبکر عبدالرحمن بن کیسان اصم بصری از بزرگان معتزله بصره و پیشوای معتزله در زمان خویش بوده. او معاصر نظام (م ۲۳۰ هـ) بوده و مناظراتی با او داشته است. (ابن المرتضی، ۵۶-۵۸)

۳. ابوعلی جبائی (۲۳۵-۳۰۳) پیشوای معتزله در زمان خود بود. او از بزرگان متکلمین است. او منسوب به جبی به الف مقصوره قریه‌ای در بصره است. او در بغداد ساکن شد و تا پایان عمر در آنجا باقی ماند. (شعبان اسماعیل، ۹۹؛ خطیب بغدادی، ۱۲/ ۳۲۷).

در میان شیعه ابن قبه (م پیش از ۳۲۹ هـ) امکان تعبد به خبر واحد را انکار کرد (محقق حلی، ۲۰۳-۲۰۵) ابن قبه از اعتزال به تشیع روی آورده بود (حسینی زاده، ۱۰۸) و آنچه پیشتر جبائی گفته بود را تکرار نموده است.

شیخ مفید (م ۴۱۳ هـ) با ابن قبه و معتزلیان هم‌آوا شد (حسینی زاده، ۲۵۴) او نیز تنها عمل به علم را جایز شمرد (مفید، التذکره، ۲۸-۴۴) و عمل به خبر واحد در دین جایز نشمرد (مفید، اوائل المقالات، ۱۲۲).

پیش از شیخ مفید، قیاس از ظنون به شمار می‌آمد؛ (ر.ک: ابن عبد البر، ۲/ ۱۰۳۸-۱۰۵۲؛ شیبانی، ۲/ ۱۸۲-۱۸۳)؛ اما شیخ در ظنی بودن قیاس تردید کرد. این تردید مورد تأیید سید مرتضی و شیخ طوسی قرار گرفت (طوسی، العده، ۲/ ۶۵۰-۶۵۱) این خود جلوه دیگری از تحول معنایی ظن است. سید مرتضی (۳۵۵-۴۳۶ هـ) درکنار شیخ مفید و ابن قبه ایستاد. وی در «الذریعه» علم و ظن را تعریف نکرد و آن را وظیفه علم کلام دانست (علم الهدی، الذریعه، ۱/ ۲) اما در جایی دیگر (همو، رسائل الشریف، ۲/ ۲۷۶) تعریفی از علم ارائه نموده که همان تعریف منطقی است. او نیز خبر واحد را به این دلیل که ظنی است و احتمال خطا دارد حجت ندانست (همو، الذریعه، ۱/ ۲۰۲). به همین خاطر بحث از تعادل و تراجیح را بی‌مورد دانست و گفت: «بحث از این‌ها به خاطر باطل کردن اصل این فروع یعنی عمل به خبر واحد، از ما ساقط شده است.» (علم الهدی، الذریعه، ۲/ ۷۹) تأثیرپذیری سید از معتزله به خصوص نظام از استناد به اقوال آنان آشکار است (همو، همان، ۲/ ۷۹).

شکل‌گیری دلیل نقلی نهی از عمل به ظنون

در آیات متعددی پیروی از ظن تقبیح شده و در مقابل به پیروی از علم سفارش شده است؛^۱ اما چنانکه آمد علم و ظن، تحول معنایی یافته و علم در لغت و قرآن کریم در مقابل جهل است. چنانکه ظن معنایی گسترده دارد و چون در مقابل علم بکار رود به معنای اوهام و خرافات و اکاذیب است (کلینی، ۲/ ۳۸۹؛ طبرسی، ۳/ ۴۵۳؛ طریحی، ۶/ ۲۷۹؛ ابوالفتوح رازی، ۲/ ۲۵). اما ابوهلال عسکری که از معتزلیان است اصرار داشت که ظن در قرآن طرف برتر احتمال است. (عسکری، الفروق اللغویه، ۱۰۰) درحالی که این معنای جدید ظن پس از ترجمه بود و در زمان نزول قرآن ظن، چنین معنایی نداشت. این آغاز برداشت دیگری از آیات ناهی از ظنون بود. سید مرتضی استدلال به

۱. آیات نهی از عمل به ظن و غیر علم: یقره، ۷۸؛ همان، ۸۰؛ همان، ۱۶۹؛ آل عمران، ۶۶؛ نساء، ۱۵۷؛ انعام، ۱۱۶؛ همان، ۱۱۹؛ همان، ۱۴۳؛ همان، ۱۴۴؛ همان، ۱۴۸؛ اعراف، ۲۸؛ همان، ۳۳؛ یونس، ۳۶؛ همان، ۳۹؛ همان، ۵۹؛ همان، ۶۶؛ همان، ۶۸؛ نحل، ۲۵؛ اسراء، ۳۶؛ کهف، ۵۰؛ حج، ۳؛ همان، ۸؛ نور، ۱۵؛ روم، ۲۹؛ لقمان، ۶؛ همان، ۲۰؛ جاثیه، ۱۸؛ همان، ۲۴؛ نجم، ۲۳؛ همان، ۲۸.

آیات ناهی از ظنون را برای اثبات عدم حجیت ظن و خبر واحد محتمل دانست. گر چه خود به ادله غیر نقلی تکیه داشت (علم الهدی، رسائل، ۴/ ۳۳۷).

به دنبال او شیخ طوسی در تفسیر تبیان به بیان تمایز علم، ظن و شک پرداخت و ظن را قوت یکی از طرفین احتمال خواند. (طوسی، التبیان، ۱/ ۲۰۶) که جز تعریف منطق از ظن نیست. ازاین پس عمل به هر دلیلی که احتمال خلاف داشت در گرو عبور از سد آیات ناهی از ظنون بود. سدی که از عدم تمایز معنای اصیل ظن و معنای جدید این لفظ مؤلّد ایجاد شده بود.

خلق مسئله حجیت ظنون

برای قرن‌ها سخن از حجیت ظنون در خلال بحث از حجیت خبر واحد مطرح می‌شد (صابری، ش ۱۲۷/۶۰) به تدریج بر اهمیت مسئله حجیت ظنون افزوده شد؛ و میرزای قمی فصلی را به بحث از مسئله حجیت ظنون اختصاص داد (قمی، ۴/ ۲۳۸-۳۰۴). هم‌اکنون مسئله حجیت ظنون، به‌خصوص امارت همانند ستونی است که علم اصول بر آن تکیه دارد. چه اینکه بدون شک اکثر مسائل فروع دین بر ظواهر نصوص و اخبار ثقات استوار است که هر دو جزء ظنون به شمار می‌آیند (الحیدری، ۵).

مبارزه با دیدگاه رواقی و تلاش برای اثبات حجیت ادله

تعریف ارسطویی از علم و ظن مورد قبول فقیهان قرار گرفت (سیستانی، ۵۸)؛ اما برای برخی سخت بود که به سان رواقیان تمام آنچه احتمال خطا دارد (ظنی) را بی‌ارزش انگاشته و به دور بریزند؛ پس در طول قرن‌ها تلاش برای اثبات جواز عمل به ادله‌ای که طبق تعریف جدید ظنی نامیده می‌شد ادامه یافت؛ که در ادامه می‌آید.

تعبد به ظنون

حجیت ظنون خاص، اولین راه اثبات جواز عمل به ادله ظنی بود. این روش اول بار توسط شیخ طوسی در میان شیعه مطرح شد. تعریف شیخ از علم و ظن جز تعریف منطق نبود (طوسی، العده، ۱/ ۱۷). او تصدیق کرد که عمل به ظن در دین جایز نیست اما اعتراف کرد که احکام بسیاری متوقف بر آن است و گفت: «اما ظن: اگرچه نزد ما نمی‌تواند اصلی باشد که در احکام شریعت به آن استناد شود، اما احکام بسیاری متوقف بر آن است، مانند جاری شدن حکم باوجود دو شاهد و مانند جهات قبله و امثال آن...».

(طوسی، العده، ۱/ ۹۱).

شیخ طوسی مطابق تعریفش از ظن، خبر واحد را ظنی می‌دانست و طبیعتاً می‌بایست همچون

استادانش شیخ مفید و سید مرتضی حجیت آن را انکار نمایند؛ اما شیخ نمی‌توانست بپذیرد که نمی‌توان به خبر واحد عمل کرد. چرا که «متواتر به ندرت یافت می‌شود و ممکن نیست در تمامی مسائل به آن تکیه شود.» (طوسی، العده، ۱/ ۱۳۵) راهی که شیخ طوسی برای اثبات حجیت خبر واحد برگزید استثنا نمودن خبر از میان ظنون بود. او سعی نمود اثبات نماید که شارع خبر واحد را از میان ظنون مستثنا نموده و آن را حجت دانسته. او برای اثبات این مطلب به اجماع استناد کرد (همو، همان، ۱/ ۱۲۶-۱۲۷) اجماعی که شیخ ادعا کرد مورد توجه فقیهان پس از وی قرار نگرفت و تا سده هفتم هجری حجیت خبر واحد توسط غالب فقیهان انکار شد (علم الهدی، ۱۱۱).

علامه حلی (م ۷۲۶ هـ) به صورت آشکارتر ظن را در احکام دین معتبر دانست. او اجتهاد را چنین تعریف کرد: «اجتهاد بکار بردن نهایت تلاش برای تحصیل ظن به حکم شرعی است.» (علامه حلی، مبادی، ۲۴۰). علامه حصول ظن شخصی را در احکام دخیل می‌دانست (همان، ۲۰۸-۲۴۷-۲۴۸) او پس از شیخ طوسی اولین کسی بود که خبر واحد ظنی را به صراحت حجت دانست (العده، ۲۰۵) علامه برای اثبات خبر واحد به اجماع اکتفا نکرد بلکه از ادله عقلی (علامه حلی، تهذیب، ۲۰۳؛ همو، نهایی، ۳/ ۴۰۵) و نقلی برای اثبات آن کمک گرفت (علامه حلی، مبادی، ۲۰۶؛ همو، تهذیب، ۲۲۹؛ همو، نهایی، ۳/ ۲۸۳-۲۹۶)؛ اما روش او همان روش شیخ طوسی بود. او سعی نمود ورود تعبد به خبر واحد را اثبات و از این طریق، خبر واحد را از میان ظنونی که از عمل به آن‌ها نهی شده استثنا نماید.

علامه ادله ظنی دیگری را نیز می‌پذیرد. او اجماع منقول به خبر واحد را حجت دانست (علامه حلی، نهایی، ۳/ ۲۱۵؛ همو، مختلف الشیعه، ۱/ ۳۲۹) همچنین عمل به اصحاب را جابر ضعیف سند دانست. (علامه حلی، منتهی المطلب، ۱/ ۳۷-۳۹-۳۱۶، ۲/ ۱۳۵) چنانکه اعراض آنان را موجب وهن روایت دانست (همان، ۱/ ۷۷-۷۸، ۶/ ۲۶، ۸/ ۳۸۲).

انسداد

گویا ادله اثبات حجیت ظنون خاص، صاحب معالم (م ۱۰۱۱ هـ) را قانع نکرد و او دلیل انسداد را برای اثبات ظن خاص مطرح نمود (صاحب معالم، ۱۹۲-۱۹۶) این انسداد صغیر نامیده شد (امام خمینی، ۱/ ۳۱۷-۳۱۸).

گفتنی است که صاحب معالم، طرف راجح احتمال را علم می‌شمرد چه با امکان نقیض همراه باشد و چه نباشد. او در پاسخ به این سؤال که اکثر فقه ظنی است پس چگونه علم نامیده می‌شود؟ می‌گوید: «...علم را بر معنای عام ترش حمل می‌کنیم یعنی ترجیح یکی از طرفین اگرچه مانع نقیض نباشد و در این

صورت ظن را نیز در برمی گیرد؛ و (استعمال علم در) این معنا شایع است به خصوص در احکام شرعی.» (صاحب معالم، ۲۷)

با این حال او ظن را طرف راجح احتمال با امکان نقیض می دانست. از این روی خبر واحد را مفید ظن^۱ (همو، ۱۸۷) و اجتهاد را بکار بردن نهایت تلاش برای تحصیل ظن به حکم شرعی دانست (همو، ۲۳۸)

صاحب معالم دلالت آیات در نهی از عمل به ظنون را پذیرفت ولی آن را بر پذیرش ظن در اعتقادات حمل کرد و اینگونه سعی نمود که تعارض آیات ناهی از ظنون با ادله استنباط را -که بیشتر ظنی اند- برطرف نماید (همو، ۱۹۵).

هر چند دلیل انسداد در ابتدا برای اثبات حجیت ظنون خاص مطرح شده بود. اما میرزای قمی (م ۱۲۳۱ هـ) اعتقاد داشت: «برای عمل ظنی که به حجیتش علم داریم نیاز به استدلال نداریم و خصم استدلال می کند: ظن معلوم الحجیه، علم است و ظن نیست.» (۲۵۹) البته به عقیده نراقی «این چیزی است که هیچ کدام از عالمان پیشین و سلف صالح ما بدان نگراییده اند.» (نراقی، ۳۵۷).

استرآبادی و تنگنای عمل به ظنون

استرآبادی با حجیت ظنون مخالف بود و کتابی با عنوان «فوائد المدنیة» نگاشت که در رد بر کسانی است که قائل به اجتهاد و تقلید یعنی پیروی از ظن هستند.^۲ (استرآبادی، ۲۹).

به گفته بهبهانی: تفاوت اصلی میان اخباری و اصولی در این است که اصولیان عمل به ظن را جایز می شمردند اما اخباریان خیر. (بهبهانی، ۱۳۱) استرآبادی همگام با ادله نقلی نهی از عمل به ظن، حجیت ظنون را انکار نمود. لذا اجتهاد را -که تلاش برای تحصیل ظن به حکم شرعی است- جایز ندانست و علم اصول را نفی کرد و آن را تأثر از قواعد عقلی و رأی اهل سنت دانست که در روایات پیروی از آن نهی شده است (همو، ۳۰-۳۱-۷۶-۷۷) او حجیت تقلید را به جهت ظنی بودن انکار نمود (همو ۳۷-۴۱). همچنین ظواهر قرآن را ظنی خواند و حجت ندانست (همو، ۱۰۵-۱۰۶). استرآبادی خبر واحد عامه را نیز محتمل الکذب می داند (همو، ۵۶) اگر چه در مورد اخبار شیعه نیز عدالت روای را موجب یقین به صحت خبر دانسته است (همو، ۱۰۷). به نظر می رسد خود او نیز توجه داشته که عدالت راوی احتمال کذب را

۱. و خبر الواحد هو ما لم يبلغ حد التواتر سواء كثرت روايته أم قلت و ليس شأنه إفادة العلم بنفسه نعم قد يفيد بانضمام القرائن إليه
۲. وسميتها «بالفوائد المدنية» في الرد على من قال بالاجتهاد والتقليد أي أتباع الظن في نفس الأحكام الإلهية

نفی نمی‌کند و شاید از همین روست که می‌گوید: «یقین معتبر یقین عادی را نیز شامل می‌شود» و اثبات آن را به اصولیان و عامه ارجاع داد (همو، ۱۰۶).

بنا بر این گر چه استرآبادی عمل به منطق را بی‌فایده خوانده است و سماع از معصومین را تنها راه رسیدن به احکام دین دانسته؛ (همو، ۳۳-۳۴) اما تعریفی که از ظن در ذهن دارد همان تعریف اصولیان است که جز تعریف منطق نیست.

باید تناقض و تندی نظر استرآبادی را از عدم تمایز میان مفهوم منطقی ظن که در اصول رایج بوده و مفهوم اصیل آن دانست. زیرا از سویی همگام با ادله نقلی عدم حجیت ظن، علم اصول را باطل شمرد و حجیت تقلید و ظواهر قرآن را انکار نمود؛ اما با انکار حجیت خبر واحد شیعه دیگر دلیلی برای اثبات احکام باقی نمی‌ماند پس ادعا کرد ثقه بودن راوی موجب علم به مضمون این اخبار است؛ اما ثقه بودن راوی احتمال کذب را از بین نمی‌برد در نتیجه مجبور شد علم یقین عادی (علم عرفی) را مطرح کند.

تلاش برای احیای استنباط

وحید بهبهانی (م ۱۲۰۵ هـ) درصدد دفاع از حجیت ظنون برآمد؛ زیرا بیشتر ادله استنباط در اصطلاح ظنی هستند. به گفته بهبهانی: «به‌طور کلی اصولی که به آن‌ها تمسک می‌شود مانند اصل عدم و غیره ظنی هستند و قرآن بدون شک ظنی‌الدلاله است و اجماع منقول به خبر واحد همچنین ظنی است؛ و اجماع قطعی بدون ضمیمه چیزی دیگر نیز ظنی است... و خبر واحد چه از نظر سند و چه از نظر متن و چه دلالت و چه از نظر تعارض ظنی است...» (بهبهانی، ۱۱۹-۱۲۱) او نیز معتقد بود بعضی ظنون استثنا شده و مجاز هستیم به آن عمل نمایم. (همو، ۱۳۲) و از این حیث می‌توان او را دنباله‌رو شیخ طوسی و علامه حلی دانست.

بهبهانی بخش جدیدی به اصول فقه افزود. او در این بخش به اثبات حجیت ظواهر قرآن پرداخت که پیشتر توسط اخباریان مورد انکار قرار گرفته بود (همو، ۲۸۳).

در این دوره هم‌آوایی با رواقیان -که ظن را شناخت به حساب نمی‌آوردند- بیشتر به چشم می‌خورد. بهبهانی برای اثبات اصالت البرائه، قاعده قبح عقاب بلا بیان را مطرح کرد (همو، ۶۳-۶۵) مطابق این قاعده شارع بدون بیان، کسی را عقوبت نمی‌کند. نکته اینجاست که بهبهانی تنها قطع را بیان می‌داند. (صدر، ۱۰۶-۱۰۷-۴۱۷) از نظر او ما تنها ملزم به تکالیفی هستیم که بدان یقین داریم یا از راه یقینی اثبات شده است. بدین ترتیب بار دیگر شاهد بی‌ارزش دانستن ظن و معتبر دانسته شدن یقین هستیم که مشاهده شد که اندیشه‌ای رواقی است.

رجوع دوباره به منطق در این دوره قابل توجه است. مرحوم بهبهانی برای اولین بار میان اماره و اصل تمایز قائل شد و اماره را مفید ظن و اصل را مربوط به شک دانست. (همان ۴۹-۵۰) تمایز میان ظن و شک از منطق است^۱ (ر.ک: فارابی، المنطقیات، ۵۶۵) و در لغت میان ظن و شک و وهم تفاوتی نیست. (تهانوی، ۱۱۵۳/۲؛ پطرس البستانی، ۵۶۷).

تبویب منطقی اصول فقه

اوج بروز تأثیر منطق بر اصول فقه را می‌توان در دوره شیخ انصاری (م ۱۲۸۱ هـ) دید. او در کتاب «فرائد الاصول» از مباحث الفاظ سخن نگفت و «به آنچه شیخ محمدتقی اصفهانی در حاشیه معالم نوشته اکتفا کرد.» (بهبهانی، ۴۶) البته مباحث الفاظ دیگر جای بحث فراوان نداشت؛ زیرا در مباحث الفاظ، اختلاف جدی میان شیعه و سنی، اصولی و اخباری نیست (گرجی، ۲۰۶) اما شیخ توانست مباحث حجیت را به شکلی نو مطرح کند و کتاب رسائل را به سه بخش قطع و ظن و شک تقسیم نمود. زیرا «چون مکلف به حکمی توجه می‌کند یا برایش شک حاصل می‌شود یا قطع یا ظن.» (انصاری، ۲۵/۱). شیخ در میان شیعه اولین کسی است که کتابش را براساس شناخت در منطق تبویب نمود است. این مطلب بی‌پرده نشانگر عمق تأثیر منطق بر اندیشه شیخ انصاری است.

او همچنین از قیاس و استحسان و سد ذرایع را سخنی به میان نیاورد. این امر را به علت عدم کاربرد این مسائل دانسته‌اند (گرجی، ۲۰۵). می‌توان دلیل دیگری نیز برای این مطلب ذکر کرد. دیدیم با تغییر مفهوم ظن، شیخ مفید و سید مرتضی همچنین شیخ طوسی در مفید ظن بودن قیاس تردید کردند. شیخ انصاری هم کتابش را به سه بخش یقین و ظن و شک تقسیم نمود. طبیعتاً بخشی را به وهم اختصاص نداده که از قیاس و امثال آن بحث کند. چرا که می‌دانیم در شرع قیاس مستنبط العله بیشتر مفید وهم است.

شیخ انصاری معتقد به اصل عدم حجیت ظنون بود. بدین معنا که از راه ظن نمی‌توان حکم شرعی را شناخت مگر حجیت ظن خاصی به یقین اثبات شود. (انصاری، ۲۱۵/۱) وی در تأسیس اصل عدم حجیت ظنون پیرو نراقی است. (نراقی، ۳۵۶) این ادامه انکار معرفت بودن ظن است. شیخ انصاری در قبول حجیت ظن خاص پیرو طوسی و علامه حلی است. (همو، ۱۱۲)

شیخ نوآوری دیگری در مورد حجیت ظنون داشت. او در بحث مصلحت امر شارع به ظنون، مصلحت را در سلوک از طریق اماره دانست. این طریق به مصلحت سلوکیه معروف شد. (همو ۱۱۴-۱۱۵)

۱. تعریف الشک: فان الشک هو وقوف النفس بین ظنین متقابلین کائین عن شیئین متساویین فی البیان و الوثاقه.

حق الطاعة

حق الطاعة آخرین نظریه در باب حجیت ظنون است. این نظریه از ابداعات شهید صدر است. آمد که فقیهان متأثر از رواقیان ظن را بی ارزش می شمردند. از این رو در صدد برآمدند که ادله ظنی را به نحوی توجیه و به اصطلاح حجیت آن را اثبات نمایند. در این میان تعدد به ظنون خاص و دلیل انسداد از شیوه‌هایی بود که برای اثبات حجیت ادله ظنی به کار رفت. برخی نیز خبر واحد ثقه را مفید علم دانستند. برخلاف اندیشمندان پیشین که متأثر از رواقیان جز یقین را بی ارزش می شمردند شهید صدر معتقد بود که شارع بر ما حق اطاعت و مولویت دارد و باید حتی تکالیف احتمالی انجام شود. این نظریه که حق الطاعة نام دارد در مقابل قبح عقاب بلا بیان است که در غیر قطع، برائت را جاری می داند. آنچه از شهید در مورد اصل نظریه حق الطاعة نقل شده بسیار مختصر و به این شرح است:

«با قبول این مسلک می پذیریم که مولویت ذاتی که به خداوند تعالی تعلق دارد مخصوص تکالیفی که به آن قطع داریم نیست. بلکه مطلق تکالیفی را که به ما رسیده در برمی گیرد و لواز طریق احتمال؛ و این مطلب از مدرکات عقل عملی است که غیر برهانی است. پس همان گونه که اصل حق الطاعة برای منعم و خالق، مدرک اولی عقل عملی است یعنی برهانی نیست همین طور محدوده آن از نظر وسعت و ضیق (از مدرکات اولیه عقل عملی و غیر برهانی است)؛ بنابراین قاعده عملی اولیه بنا به حکم عقل اصالة الاشتغال است». (صدر، ۴۴/۶).

طبق نظریه حق الطاعة قاعده اولیه عقلی در مورد ظنون بلکه مطلق احتمال لزوم عمل و احتیاط است. اگر چه شبه بدوی موضوع برائت شرعی است. شهید میان علم و ظن به کار رفته در روایات و آنچه مصطلح است و ریشه در منطق دارد تمایز قائل نشد. از این روی مقتضای حکم شرع را عدم جواز عمل به ظنون می داند (همو، ۱۲۸/۴-۱۳۰).

نتیجه گیری

بررسی گام به گام تحولات و تطورات معنایی برخی اصطلاحات مانند علم و ظن نشان داد که نهضت ترجمه به عنوان خیزش علمی و فرهنگی توانسته برخی مفاهیم خود را بر روی الفاظ زبان مقصد بار نماید. آغاز این تأثیر را باید در نزاع میان اهل حدیث و برخی متکلمان جستجو کرد. این متکلمان برای کاستن از جایگاه خبر، در علم آوری آن تشکیک کردند و بدین منظور از مفاهیم منطق و نگاه رواقی بهره بردند. این اندیشه‌ها و مفاهیم، به برخی از عرصه‌های علمی شیعه نیز رسوخ نمود. انکار حجیت خبر واحد - که تا دوره علامه حلی نظر غالب شیعه بود - را می توان متأثر از همین امر دانست. مسئله حجیت ظنون نیز در دل

بحث از حجیت خبر واحد متولد شد. این مسئله هم‌اکنون به مهم‌ترین مسئله در اصول فقه تبدیل گشته است. گاه حجیت خبر واحد مورد انکار قرار گرفته و گاه حجیت ظواهر قرآن کریم. از طرفی اثبات حجیت ادله نیز با مشکل روبه‌رو شد. لذا بعضی درصدد برآمده‌اند با اثبات تعبد به ظن، بعضی ظنون را از نهی عمل به ظنون استثنا کنند. وقوع تعبد به ظن، طرح دلیل انسداد و نظریه حق الطاعة جدیدترین روش برای اثبات وجوب عقلی عمل به تکالیف مشکوک است. چنانکه پیداست عدم درک تحول واژه ظن و سیر تطور نگاه به ظنون موجب بروز این مشکلات در مسیر عمل به ادله احکام است.

منابع

- آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین، الکفایه، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۳۱ ق - ۱۳۸۹.
- آیتی، عبدالمحمد، «نهضت ترجمه ۲»، آموزش و پرورش (تعلیم و تربیت)، دوره چهل و پنجم، بهمن ۱۳۵۴، شماره ۵، صص ۳۱۳-۳۲۰.
- ابن اثیر، مبارک بن محمد، النهایة فی غریب الحدیث والأثر، تحقیق: طاهر أحمد الزاوی، محمود محمد الطناحی، بیروت، المكتبة العلمية، ۱۳۹۹ ق - ۱۹۷۹ م.
- ابن انباری، أبوبکر، الأضداد، محقق: محمد أبو الفضل إبراهيم، بیروت، المكتبة العصرية، ۱۴۰۷ ق.
- ابن حزم، علی بن احمد، الإحکام فی أصول الأحکام، تحقیق: أحمد محمد شاكر، بیروت، دار الآفاق الجديدة، بی‌تا.
- _____، الفصل فی الملل و الاهواء و النحل، القاهرة، مكتبة الخانجي، بی‌تا.
- ابن سیده مرسى، علی بن إسماعیل، المحکم و المحيط الأعظم، تحقیق عبد الحمید هنداوى، بیروت، دار الکتب العلمية، ۲۰۰۰ م.
- _____، المخصص، محقق: خلیل إبراهيم جفال، بیروت، دار إحياء التراث العربی، الطبعة الأولى، ۱۴۱۷ ق/ ۱۹۹۶ م.
- ابن سینا، حسین بن عبدالله، الشفاء (المنطق)، تحقیق سعید زاید و...، قم، مكتبة آية الله المرعشي، ۱۴۰۴ ق.
- ابن عبد البر، یوسف بن عبدالله، جامع بیان العلم و فضله، بتحقیق أبی الأشبال الزهیری، سعودی، دار ابن الجوزی، الطبعة الأولى، ۱۹۹۴ م.
- ابن فارس، أحمد بن زکریا، معجم مقاییس اللغة، المحقق: عبد السلام محمد هارون، بی‌جا، دار الفکر، ۱۳۹۹ ق - ۱۹۷۹ م.
- ابن منظور، محمد بن مکرم، لسان العرب، بیروت، الطبعة الثالثة، دار صادر، ۱۴۱۴ ق.
- ابن ندیم، محمد بن اسحاق، الفهرست، تحقیق: شعبان خلیفه و ولید محمد عوزه، قاهره، ۱۹۹۱ م.
- ابو هلال عسکری، حسین بن عبدالله، الصناعتین، استانبول، بی‌نا، ۱۳۲۰.
- _____، الفروق اللغویه، تحقیق محمد ابراهیم سلیم، قاهره، دار العلم للنشر و التوزیع،

بی تا.

ابوعبید، قاسم بن سلام، *غریب المصنف*، محقق محمد بن مختار العبیدی، تونس، المؤسسة الوطنية للترجمة و التحقيق و الدراسات بیت الحکمه، چاپ اول، ۱۹۹۰ م.

أحمد بن یحیی، *طبقات المعتزله*، تحقیق: سوسنة ديفلدفلز، بیروت، دارمکتبه الحیاة، ۱۳۸۰ ق - ۱۹۶۱ م.

احمد رضا، *معجم متن اللغة*، بیروت، دار المکتبه الحیاة، ۱۳۷۸ ق / ۱۹۵۹ م.

ارسطو، *منطق ارسطو*، مصحح: عبدالرحمن بدوی، بیروت، دار القلم، چاپ اول، ۱۹۸۰ م.

ازهری، محمد بن أحمد، *تهذیب اللغة*، محقق: محمد عوض مرعب، بیروت، دار إحياء التراث العربی، الطبعة الأولى، ۲۰۰۱ م.

استرآبادی، محمد أمين و عاملی، نورالدين، *الفوائد المدنية و الشواهد المکیه*، صص، تحقیق: رحمة الله الرحمتی الأراکی، قم، مؤسسة النشر الإسلامی، چاپ اول، ۱۴۲۴ ق.

انصاری، مرتضی بن محمد امین، *فرائد الاصول*، تحقیق: لجنه تحقیق تراث الشیخ الاعظم، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۲۲ ق - ۱۳۸۰.

باقلائی، ابوبکر، *الانتصار للقرآن*، عمان، دار الفتح، ۱۴۲۲ ق.

بدوی، عبد الرحمن، *التراث اليونانی فی الحضارة الاسلامیة دراسات لكبار المستشرقین*، بی جا، مکتبه النهضة المصریة، ۱۹۴۰ م.

_____، *من تاریخ الالحاد فی الاسلام*، قاهره، سینا للنشر، چاپ دوم، ۱۹۹۳ م.

بستانی اللبناني، عبدالله، *البستان*، بیروت، المطبعة الامریکائیة، ۱۹۳۰ م.

بستانی، بطرس، *محیط المحيط*، بیروت، مکتبه لبنان، ۱۹۸۷ م.

بغدادی، عبد القاهر، *الفرق بین الفرق و بیان الفرقه الناحیه*، بیروت، دار الآفاق الجدیة، الطبعة الثانية، ۱۹۷۷ م.

توانایی، محمد حسین و بهاء الدینی، فرخنده، «بررسی مفهوم ظن و گمان در قرآن کریم»، پژوهش های اعتقادی و کلامی، سال چهارم، شماره ۱۵، پاییز ۱۳۸۸، صص ۱۷۵-۱۹۴.

التهانوی، محمد بن علی، *موسوعة کشاف اصطلاحات الفنون و العلوم*، تقدیم و إشراف و مراجعة: رفیق العجم، تحقیق: علی دحروج، نقل النص الفارسی إلى العربیة: عبد الله الخالدي، الترجمة الأجنبية: د. جورج زینانی، بیروت، مکتبه لبنان ناشرون، الطبعة: الأولى - ۱۹۹۶ م.

جاحظ، عمرو بن بحر، *البيان و التبیین*، قاهره، بی نا، ۱۳۳۲ ق.

جان احمدی، فاطمه، «نهضت ترجمه، نتایج و پیامدهای آن»، *تاریخ اسلام*، زمستان ۱۳۷۹، شماره ۴، صص ۸۶-۱۴۲.

جمعی از نویسندگان به کوشش سید علی حسینی زاده خضر آباد، *جستارهایی در مدرسه کلامی بغداد*، قم، دار الحديث، ۱۳۹۵ ش.

- جوهری، إسماعیل بن حماد، *الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية*، تحقیق: أحمد عبد الغفور عطار بیروت، دار العلم للملایین، الرابعة ۱۴۰۷ هـ - ۱۹۸۷ م.
- حدادی، محمد بن تاج العارفین، *التوفیق علی مهمات التعاریف*، تحقیق: عبد الخالق ثروت، قاهرة، عالم الكتب، الطبعة الأولى، ۱۴۱۰ ق - ۱۹۹۰ م.
- الحسینی القریمی الکفوی، آیوب بن موسی، *الکلیات معجم فی المصطلحات والفروق اللغویة*، محقق عدنان درویش و محمد المصري، بیروت، مؤسسة الرسالة، ۱۴۱۹ ق - ۱۹۹۸ م.
- الحنفی الرازی، أبو عبد الله محمد بن أبی بکر، *مختار الصحاح*، المحقق: یوسف الشیخ محمد، بیروت - صیدا، المكتبة العصرية - الدار النموذجية، الطبعة الخامسة، ۱۴۲۰ ق / ۱۹۹۹ م.
- حیدری، کمال، *الظن (دراسة فی حجّیه وأقسامه وأحكامه)*، تحقیق: محمود نعمة الجياشي، [بی جا]، دار فراقده للطباعة والنشر، چاپ اول، ۱۴۲۹ ق - ۲۰۰۸ م.
- خضری بک، محمد، *تاریخ التشريع الاسلامی*، بی جا، دار الفكر، الطبعة الثامنة، ۱۳۸۷ ق ۱۹۶۷ م.
- الخطابی، حمد بن محمد، *غریب الحديث*، المحقق: عبد الکریم إبراهیم الغریبوی، دمشق، دار الفكر، ۱۴۰۲ ق.
- خطیب بغدادی، احمد بن علی، *تاریخ بغداد*، تحقیق: بشار عواد معروف، بیروت، دار الغرب الإسلامی، الطبعة الأولى، ۱۴۲۲ ق - ۲۰۰۲ م.
- خمینی، روح الله، *انوار الهدایه فی التعلیقة علی الکفایه*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره، ۱۳۷۲ ش / ۱۴۱۳ ق.
- خوانساری، محمد، *منطق صوری*، تهران، آگاه، ۱۳۸۶.
- الخوری الشرتونی البنانی، سعید، *ذیل اقرب الموارد*، قم، منشورات مکتبه آیت الله المرعشی النجفی، ۱۴۰۳ ق.
- ذکیانی، غلامرضا، «*ارزیابی ترجمه عربی قیاس ارسطو (دفتر دوم)*»، منطق پژوهی، سال دوم، شماره دوم، پاییز و زمستان ۱۳۹۰، ۷۷-۹۵.
- رضاداد، علی، *مکتب حدیثی بغداد (از قرن دوم تا نیمه قرن پنجم)*، مشهد: بنیاد پژوهشهای اسلامی، چاپ اول، ۱۳۹۵.
- روزنتال، فرانتس، «*نهضت ترجمه گفتگوی میان تمدن یونانی و تمدن اسلامی*»، مترجم: نگار ذیلابی، تاریخ اسلام، پاییز ۱۳۸۲، شماره ۱۵، ۱۵۷-۱۷۶.
- رونی ابلی الفاء، *موسوعة اعلام الفلسفیه*، بیروت، دارالکتب، الطبعة الالی، ۱۴۱۲ ق - ۱۹۹۲ م.
- زبیدی، محمد بن محمد، *تاج العروس من جواهر القاموس*، محقق: علی شیری، بیروت، دارالفکر، چاپ اول، ۱۴۱۴ ق.
- الساعاتی، أحمد بن علی، *بديع النظام (او: نهاية الوصول إلى علم الأصول)*، تحقیق: سعد بن غریب بن مهدی السلمي، بی جا، جامعة أم القرى، ۱۴۰۵ ق - ۱۹۸۵ م.

شماره ۱۲۱	فقه و اصول	۲۸
السنیکی، زکریا بن محمد، <i>الحدود الأنيقة والتعريفات الدقيقة</i> ، محقق: مازن المبارك، بيروت، دار الفكر المعاصر، الطبعة الأولى، ۱۴۱۱ ق.		
سیستانی، علی، <i>الرافد فی علم الأصول</i> ، تقریر سید منیر، بی جا: مکتب آیه الله العظمی السید السیستانی، الطبعة الالی، ۱۴۱۴ ق.		
السیوطی، عبد الرحمن بن أبی بکر، <i>معجم مقالید العلوم فی الحدود والرسوم</i> ، محقق: محمد إبراهیم عبادة، القاهرة، مکتبة الآداب، بی تا.		
شافعی، محمد بن إدريس، <i>الرساله</i> ، محقق: احمد شاکر، مصر، مکتبه الحلبي، الطبعة: الأولى، ۱۳۵۸ ق/ ۱۹۴۰ م.		
شاکر، محمد کاظم، «پژوهشی در معنای ظن و جایگاه معرفتی و اخلاقی آن در قرآن»، تابستان ۱۳۸۶، شماره ۸۴، صص ۱۰۷-۱۲۵.		
شریف جرجانی، علی بن محمد، <i>کتاب التعريفات</i> ، ضبطه وصححه: جماعة من العلماء بإشراف الناشر، بيروت، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ۱۴۰۳ ق - ۱۹۸۳ م.		
شعبان اسماعیل، <i>اصول الفقه تاريخه و رجاله</i> ، ریاض، دار المریخ، ۱۹۸۱ م.		
شوقی ضیف و دیگران، <i>مجمع اللغة العربيه، المعجم الوسيط</i> ، مصر، مکتبه الشروق الدولي، ۱۴۲۵ ق/ ۲۰۰۴ م.		
شهید اول، محمد بن مکی، <i>الألفية فی فقه الصلاة اليومية</i> ، محقق: مرکز پژوهش های اسلامی، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۰۸ ق.		
الشیبانی، محمد بن الحسن، <i>الاصول</i> ، تحقیق و درآسة: محمد بونوکالان، بيروت، دار ابن حزم، الطبعة: الأولى، ۱۴۳۳ ق - ۲۰۱۲ م.		
صابری، حسین، «تحقیقی در حجیت مطلق ظن»، مشکوة، ش ۶۰، ۱۳۸۸ ش، صص ۱۲۰-۱۵۹.		
_____، <i>تاریخ فرق اسلامی</i> ، تهران: سمت، چاپ اول، ۱۳۸۸ ش.		
صاحب بن عباد، اسماعیل، <i>المحیط فی اللغة</i> ، محقق: آل یاسین، محمدحسن، بيروت، عالم الكتب، چاپ اول، ۱۴۱۴ ق.		
صاحب معالم، حسن بن زین الدین، <i>معالم الدین و ملاذ المجتهدین</i> ، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ نهم، بی تا.		
صدر، محمدباقر، <i>دروس فی علم الاصول</i> ، دار الاحیاء التراث العربی، بيروت، ۱۴۲۵ ق.		
صفا، ذبیح الله، <i>تاریخ علوم عقلی در تمدن اسلامی تا اواسط قرن پنجم</i> ، تهران، رامین، ۱۳۸۴.		
صلیبا، جمیل، <i>المعجم الفلسفی</i> ، بيروت، الشركة العالمية للكتاب، ۱۴۱۴ ق.		
طبرسی، فضل بن حسن، <i>جوامع الجامع</i> ، تحقیق: مؤسسة النشر الإسلامی، قم، مؤسسة النشر الإسلامی، چاپ: اول، ۱۴۲۱ ق.		
طغرلی پور، احمد، «تأمل بر ادله شیخ انصاری (ره) بر اصالت عدم حجیت ظن»، فقه، بهار ۱۳۹۱، ش ۷۱،		

تابستان ۱۳۹۹	نهضت ترجمه و تأثیر آن بر اعتبار سنجی ظنون	۲۹
صص ۱۷۳-۲۱۸.		
طوسی، محمد بن حسن، <i>التبیین فی تفسیر القرآن</i> ، تحقیق: أحمد حبیب قصیر العاملی، بی جا، مکتب الإعلام الإسلامی، چاپ اول، ۱۴۰۹ ق.		
_____، <i>العدة فی أصول الفقه</i> ، قم، محمد تقی علاقبندیان، ۱۴۱۷ ق.		
علامه حلی، حسن بن یوسف، <i>تهذیب الوصول الی علم الاصول</i> ، محقق: رضوی کشمیری، محمد حسین بن علی نقی، لندن، موسسه الامام علی، ۱۳۸۰.		
_____، <i>مبادئ الوصول إلى علم الأصول</i> ، قم، المطبعة العلمية، ۱۴۰۴ ق.		
_____، <i>مختلف الشیعه فی احکام الشریعه</i> ، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.		
_____، <i>منتهی المطلب فی تحقیق المذهب</i> ، محقق: مجمع البحوث الاسلامیه، مشهد، آستان قدس، ۱۴۱۲ ق.		
_____، <i>نهایه الوصول الی علم الاصول</i> ، محقق: بهادری، ابراهیم، قم، موسسه الامام الصادق، ۱۴۲۵ ق - ۱۳۸۲.		
علامه طباطبائی، محمد حسین، <i>تفسیر المیزان</i> ، مترجم محمدباقر موسوی همدانی، قم، جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۷۴.		
علم الهدی، محمد صادق، « <i>سیر تاریخی حجیت خبر واحد در اصول فقه شیعه</i> »، فصلنامه پژوهش های اصولی، شماره ۱۷، تابستان ۹۲ ش.		
علم الهدی، علی بن حسین، <i>الذریعة إلى أصول الشریعة</i> ، تهران، موسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، چاپ اول، ۱۳۷۶.		
_____، <i>رسائل الشریف المرتضی</i> ، قم، دار القرآن الکریم، ۱۴۰۵ ق.		
العوثی، سلمة بن مسلم، <i>الإبانة فی اللغة العربیة</i> ، المحقق: عبد الکریم خلیفة، نصرت عبد الرحمن، صلاح جرار، محمد حسن عواد، جاسر أبو صفیة، مسقط، وزارة التراث القومي والثقافة، الطبعة: الأولى، ۱۴۲۰ ق - ۱۹۹۹ م.		
غزالی، محمد بن محمد، <i>معیار العلم فی فن المنطق</i> ، محقق: سلیمان دنیا، مصر، دارالمعارف، ۱۹۶۱ م.		
الفاخوری، حنا و الجر، خلیل، <i>تاریخ فلسفه در جهان اسلامی</i> ، ترجمه عبدالمحمد آیتی، تهران، کتاب زمان، چاپ دوم، ۱۳۵۸.		
فارابی، ابونصر، <i>المنطقیات</i> ، مصحح: محمد تقی دانش پژوه، قم، مکتبه آیه الله المرعشی، چاپ اول، ۱۴۰۸ ق.		
فراهیدی، خلیل بن احمد، <i>کتاب العین</i> ، مکان چاپ: قم، نشر هجرت، چاپ دوم، ۱۴۰۹ ق.		
فیروزآبادی، محمد بن یعقوب، <i>القاموس المحیط</i> ، تحقیق: مکتب تحقیق التراث فی مؤسسه الرساله، بیروت، مؤسسه الرساله للطباعة والنشر والتوزیع، الطبعة الثامنة، ۱۴۲۶ ق - ۲۰۰۵ م.		
قرشی، علی اکبر، <i>قاموس قرآن</i> ، تهران، چاپ ششم، ۱۳۷۱ ق.		

شماره ۱۲۱	فقه و اصول	۳۰
	القطان، مناع، <i>تاریخ التشريع الاسلامی</i> ، ریاض، مکتبه المعارف للنشر و التوزیع، ۱۹۹۶ م.	
	کراع النمل، علی بن الحسن، <i>المنتخب من غریب کلام العرب</i> ، محقق: محمد بن أحمد العمری، جامعه أم القرى (معهد البحوث العلمیة و احیاء التراث الإسلامی)، الطبعة الأولى، ۱۴۰۹ ق - ۱۹۸۹ م.	
	کلینی، محمد بن یعقوب، <i>الکافی</i> ، تحقیق: غفاری علی اکبر و آخوندی، محمد، تهران، دار الکتب الإسلامیة، چاپ چهارم، ۱۴۰۷ ق.	
	گرچی، ابو القاسم، <i>ادوار اصول فقه</i> ، تهران، میزان، چاپ اول، ۱۳۸۵.	
	ماکولسکی، <i>تاریخ منطق</i> ، ترجمه فریدون شایان، تهران، مهارت، چاپ دوم، ۱۳۶۶.	
	محقق حلی، جعفر بن حسن، <i>معارج الاصول</i> ، لندن، موسسه امام علی علیه السلام، ۱۴۲۳ ق.	
	مدرس طباطبائی، حسین، <i>مقدمه ای بر فقه شیعه؛ کلیات و کتابشناسی</i> ، ترجمه آصف فکرت، مشهد: بنیاد پژوهشهای اسلامی، چاپ اول، ۱۳۶۸.	
	مدکور، ابراهیم و سعادت اسماعیل، <i>«نهضت ترجمه در جهان اسلام»</i> ، کتابداری، آرشیو و نسخه پژوهی، نشر دانش، مرداد و شهریور ۱۳۶۲، ش ۱۷، صص ۶-۱۷.	
	مدکور، ابراهیم، <i>«منطق ارسطو نزد متکلمان اسلامی»</i> ، ترجمه محمد خوانساری، ادیان و مذاهب و عرفان، تحقیقات اسلامی، بهار و تابستان ۱۳۶۵ - شماره ۱، صص ۴۲-۵۹.	
	مدنی، علی خان بن احمد، <i>الطراز الأول والکناز لما علیه من لغة العرب المعول</i> ، مشهد مقدس، مؤسسة آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث، چاپ اول، ۱۳۸۴ ق.	
	معلوف، لوئیس، <i>المنجد فی اللغة و الادب و العلوم</i> ، بیروت، المطبعة کاثولیکیه، الطبعة التاسع عشر، بی تا.	
	مفید، محمد بن محمد، <i>اوائل المقالات</i> ، تحقیق: شیخ ابراهیم الانصاری، المؤتمر العالمی لالفیه الشیخ المفید، چاپ اول، ۱۴۱۳ ق.	
	_____، <i>مختصر التذکره باصول الفقه</i> ، قم، کنگره شیخ مفید، چاپ اول، ۱۴۱۳ ق.	
	مهدوی، یحیی، <i>شکاکان یونان</i> ، تهران، شرکت سهامی انتشارات خوارزمی، ۱۳۷۶.	
	میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن، <i>القوانین المحکمة فی الأصول</i> ، قم، احیاء الکتب الاسلامیه، ۱۴۳۰ ق.	
	نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی، <i>عوائد الایام</i> ، قم، دفتر تبلیغات حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۳۷۵.	
	وحید بهبهانی، محمد باقر بن محمد اکمل، <i>الفوائد الحائریه</i> ، قم، مجمع الفکر الاسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۵ ق.	
	هاشمی، احمد و دیگران، <i>نهضت ترجمه</i> ، تهران، نشر کتاب مرجع، ۱۳۸۹.	



تحلیل انتقادی دلایل فقیهان بر «قتل»، «بردگی»، «من» و «فداء» اسیر جنگی*

دکتر جواد ابروانی^۱

دانشیار دانشگاه علوم اسلامی رضوی

Email: irvani_javad@razavi.ac.ir

دکتر سید محمد حسن موسوی خراسانی

عضو هیئت علمی دانشگاه علوم اسلامی رضوی

Email: moosavikhorasani@razavi.ac.ir

چکیده

با آنکه قرآن کریم حکم اسیر جنگی را منحصر به دو گزینه «من» و «فداء» (آزاد کردن بدون عوض و با عوض) دانسته است، بسیاری از فقیهان، حکم «قتل» و «بردگی» را نیز بدان افزوده‌اند. برخی نیز مدعی انحصار حکم در دو گزینه اخیر شده و فقط «مسلمان شدن» را راه آزادی اسیر برشمرده‌اند. این گونه نظرها، دستاویز گروه‌های تکفیری و دستمایه تبلیغات ضد اسلامی شده است.

این نوشتار که به شیوه توصیفی-تحلیلی و روش کتابخانه‌ای سامان یافته، با مطالعه متون فقهی، حدیثی و تفسیری شیعه و اهل سنت و منابع تاریخی، به نقد و بررسی دلایل فقیهان در این باره پرداخته است. هدف از تحقیق، تبیین دقیق و عالمانه حکم اسیر جنگی در اسلام، مبتنی بر منابع و روش استدلال فقهی است تا به برداشت‌های ناستوار و هجمه اسلام‌هراسی از این زاویه، پاسخ علمی دهد. نتایج تحقیق نشان می‌دهد که حکم اسیر جنگی منحصر به دو گزینه قرآنی آن (من و فداء) است؛ حکم قتل ویژه افرادی است که مرتکب جرمی خاص شده‌اند، و بردگی اسیر نیز به فرض اثبات، حکمی موقتی در صدر اسلام به سبب شرایط ویژه آن برهه بوده است.

کلیدواژه‌ها: اسیر جنگی، قتل و بردگی اسیر، من و فداء.

*مقاله پژوهشی؛ تاریخ وصول: ۱۳۹۷/۱۰/۰۶، تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۷/۱۲/۱۸.

۱. نویسنده مسئول

Critical Analysis of the Jurists' Arguments for "Killing", "Slavery", Mann (release without exchange) and Fedaa (release with exchange) of the Prisoner of War

Javad Iravani, Ph.D. Associate Professor, Razavi University of Islamic Sciences
(corresponding author)

Sayyed Mohammad Hassan Mousavi Khorasani, Ph.D. Faculty Member, Razavi
University of Islamic Sciences

Abstract

Although the Holy Quran has limited the sentence of the prisoner of war to the two options of Mann and Fedaa (release without exchange and release with exchange), many of the jurists have added to them the sentence of killing and slavery. Some jurists have claimed that the sentence is confined to the two latter options and considered muslimization as the only way to release the prisoner. Such opinions have become the pretext of Takfiri groups and the basis of anti-Islamic propaganda. This paper which has been organized through a descriptive-analytical method and library tools has criticized and analyzed the arguments of jurists in this regard by studying the Shiite and Sunni jurisprudential, hadithi and interpretation texts and historical sources. The purpose of this research is to explain accurately and wisely the sentence of the prisoner of war in Islam based on jurisprudential sources and jurisprudential reasoning method in order to respond scientifically the baseless perceptions and the Islamophobia attack from this aspect. The results of this research show that the sentence of the prisoner of war is limited to its two Quranic options of Mann and Fedaa; the sentence of killing is specific to those who have committed a specific crime and slavery, if proven, has been a temporary sentence in the early Islam due to the special circumstances of that time.

Keywords: prisoner of war, killing and slavery of the prisoner of war, Mann and Fedaa.

مقدمه

قرآن کریم در آیه ۴ سوره محمد (ص) سرنوشت اسیر جنگی را در دو گزینه منحصر کرده است: آزاد کردن بی قید و شرط، و آزاد کردن با گرفتن فداء (عوض): «فَإِذَا لَقِيتُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا فَضَرْبَ الرِّقَابِ حَتَّى إِذَا أَثْنَتُمُوهُمْ فَشُدُّوا الْوَثَاقَ فَإِمَّا مَنًّا بَعْدُ وَإِمَّا فِدَاءً حَتَّى تَضَعَ الْحَرْبُ أَوْزَارَهَا». با این حال، در متون فقهی و تفسیری گزینه‌های دیگری نیز مطرح است: «بردگی، قتل یا اسلام آوردن». این بحث البته بیشتر ناظر به «اسیر کافر» می‌باشد. حال پرسش آن است که مستند این احکام چیست و اگر گزینه‌ها در مورد اسیر، بیش از دو مورد یادشده در آیه می‌باشد چرا قرآن آن را بازگو نکرده است؟

ضرورت پرداختن به این بحث به‌ویژه در عصر حاضر دوجندان است؛ چه، گروه‌های تکفیری در مناطق مختلف اقدام به گرفتن اسیر می‌کنند، و سپس آنان را به قتل می‌رسانند یا به بردگی می‌گیرند، و این عمل را مستند به شریعت اسلام می‌کنند. رفتار این گروه‌ها صحنه عملی تبلیغ علیه اسلام و ترویج اسلام‌هراسی مد نظر قدرت‌های مخالف اسلام است.

از سوی دیگر، با آنکه تا اوایل قرن نوزدهم، مسئله اسیران جنگی بیشتر از طریق کشتن، فروختن و برده گرفتن حل می‌شد، امروزه از نظر معاهدات بین‌المللی، ممنوعیت کشتن یا بردگی اسیران جنگی امری مفروض و مسلم است. مهم‌ترین سند بین‌المللی درباره اسیران جنگی، کنوانسیون سوم از کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو ۱۹۴۹ است و ماده ۱۱۸ و ۱۱۹ آن، بر آزادی اسیران پس از پایان مخاصمات تأکید دارد. پیش از آن، کنوانسیون ۱۹۲۹ ژنو مبنا در خصوص اسیران جنگی بود. در ماده ۷۵ آن آمده است: بازگرداندن اسیران جنگی در سریع‌ترین زمان ممکن بعد از انعقاد صلح، به اجرا درمی‌آید. (سیاه‌رستمی و دیگران، ۸۵ و ۱۷۵) اکثر قریب به اتفاق کشورهای جهان از جمله کشورهای اسلامی نیز ملتزم به این معاهدات‌اند. چنان‌که اصل بنیادین رفتار انسانی با اسرا و رعایت کرامت انسانی در حقوق بین‌الملل، با قتل و برده‌داری منافات واضحی دارد. حال آیا آراء فقهی با این قبیل معاهدات بین‌المللی در تنافی است؟

مروری بر دیدگاه‌ها

فقیهان مسلمان درباره حکم اسیر جنگی، همداستان نیستند. در نگاهی کلی به فقه اهل سنت، از نظر ابوحنیفه، آیه فداء به طور کلی، نسخ شده و اسیر فقط باید به قتل رسد یا برده شود (ابن العربی، ۱۷۰۲/۴). از دیدگاه شافعی، مردان بالغی که از اهل دارالحرب به غنیمت درمی‌آیند، امام بین آزاد کردن بدون عوض یا با عوض (اخذ مال یا مبادله با اسیران مسلمان)، کشتن و برده کردن آنان مخیر است (شافعی، احکام القرآن، ۱/۱۵۸-۱۵۹؛ همو، کتاب الام، ۴/۱۵۱). دیگر فقیهان اهل سنت نیز بین این گزینه‌ها

اختلاف نظرهای شدیدی دارند (سرخسی، ۱۳۸-۱۳۹؛ کاشانی، ۱۱۹-۱۲۰؛ ابن قدامه، ۱۰/۴۰۰-۴۰۲).

عموم فقیهان شیعه نیز سه گزینه «آزاد کردن با عوض»، «آزاد کردن بدون عوض» و «بردگی» را پس از اتمام جنگ، برای اسیر مطرح کرده‌اند (محقق حلی، ۱/۲۴۲؛ فاضل مقداد، ۱/۳۶۵؛ صاحب جواهر، ۲۱/۱۲۶-۱۲۷؛ مکارم شیرازی و دیگران، ۲۱/۴۰۰) و قتل را مخصوص جایی دانسته‌اند که جنگ هنوز در جریان است (صاحب جواهر، ۲۱/۱۲۲). به باور آنان، حکم قتل با مسلمان شدن اسیر برداشته می‌شود ولی سه گزینه نخست منتفی نمی‌گردد (صاحب جواهر، ۲۱/۱۲۸).
 اکنون به نقد و بررسی گزینه‌های پیش‌رو درباره اسیر جنگی از نگاه فقیهان می‌پردازیم.

گزینه اول: قتل

در بین اهل سنت، بسیاری از فقیهان کشتن اسیر جنگی را یکی از گزینه‌ها دانسته‌اند، از جمله ابوحنیفه (ابن العربی، ۴/۱۷۰۲)، شافعی (کتاب الام، ۴/۱۵۱) و بسیاری دیگر از فقیهان اهل سنت (جصاص، ۵/۲۶۹؛ ابن العربی، ۴/۱۷۰۰؛ کیهراسی، ۴/۳۷۳؛ ابن قدامه، ۱۰/۴۰۰). مشهور فقیهان امامیه نیز چنان‌که گذشت قتل اسیران ذکور و بالغ را در خصوص صورتی که جنگ هنوز پابرجاست متعین دانسته‌اند (طوسی، الخلاف، ۴/۱۹۰؛ صاحب جواهر، ۲۱/۱۲۲).

دلایل حکم قتل و نقد آن‌ها

دلایل لزوم یا جواز قتل اسیر عبارت‌اند از:

یک. در آیه ۴ سوره محمد (ص) آمده است: «فَإِذَا لَقِيتُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا فَضَرْبَ الرِّقَابِ حَتَّىٰ إِذَا أَثْنَتُمُوهُمْ فَشُدُّوا الْوَتَاqَ» ظاهر این عبارت قرآنی آن است که قبل از «اثخان» صرفاً «قتل» واجب است (جصاص، ۵/۲۶۸؛ ابن العربی، ۴/۱۷۰۱) مقصود از اثخان از نظر آنان، «اکثار در قتل» است و اسیرگرفتن صرفاً پس از اثخان جایز می‌باشد (کیهراسی، ۳/۱۶۵).

نقد و بررسی: چنان‌که در ادامه می‌آید، جواز گرفتن اسیر مقید به «بعد از اثخان» شده است، اما این قید، ربطی به «حکم اسیر» ندارد؛ زیرا «عدم جواز گرفتن اسیر» و لزوم جنگیدن در میدان نبرد یک مسئله است، و «قتل اسیر» پس از اسارت مسئله‌ای دیگر. از این رو، زمانی که در جنگ بدر، شماری از مشرکان بر اثر تخلف مجاهدان مسلمان، پیش از «اثخان» به اسارت درآمدند، حکم قتل آنان صادر نشد و بیشتر آن‌ها آزاد شدند. (طبرسی، ۴/۸۵۹؛ شافعی، احکام القرآن، ۱/۱۵۹؛ ابن العربی، ۲/۸۷۹)

دو. ظاهر آیه «ما كَانَ لِنَبِيٍّ أَنْ يَكُونَ لَهُ أَسْرَى حَتَّى يَتَّخِذَ فِي الْأَرْضِ تَرِيدُونَ عَرَضَ الدُّنْيَا وَاللَّهُ يُرِيدُ الْآخِرَةَ» (انفال: ۶۷) این است که قبل از «اثخان»، حق گرفتن اسیر وجود ندارد و دشمن صرفاً باید کشته شود (جصاص، ۵/۲۶۸).

نقد و بررسی: پاسخ این دلیل نیز بسان جواب دلیل پیشین است. با این حال، توضیح بیشتر درباره این قید و نقد این استدلال، مبتنی بر رفع تعارض ظاهری میان این آیه و آیه ۴ سوره محمد (ص) است؛ چه شماری از مفسران، مفاد این دو آیه را ناسازگار تلقی کرده‌اند، زیرا از آیه ۶۷ انفال، عدم مشروعیت اسیر گرفتن، و از آیه ۴ محمد (ص) مشروعیت آن برداشت شده است.

برای رفع این تنافی ادعایی، راه‌حل‌هایی بیان شده است؛ از جمله: برخی گفته‌اند قرآن پیش‌تر با آیه سوره انفال، اسیر گرفتن را حرام کرده بود و سپس با آیه سوره محمد آن را مباح کرد (کیاهاراسی، ۴/۳۷۳). از ابن عباس نقل شده که آیه سوره انفال درباره جنگ بدر است؛ زمانی که مسلمانان در ضعف و اقلیت بودند، ولی آیه سوره محمد (ص) مربوط به زمان‌های بعدی است که مسلمانان قدرت و شوکت یافتند و در این دوره بود که مسلمانان بین قتل و برده کردن و آزادی در برابر دریافت فداء، مخیر شدند (جصاص، ۵/۲۶۸-۲۶۹؛ ابن العربی، ۲/۸۷۹).

برخی دیگر معتقدند در سوره انفال، سخن از منع اسارت پیش از «اثخان» است، و در سوره محمد جواز اسارت بعد از «اثخان». بنابراین، منافاتی بین دو آیه وجود ندارد (طباطبایی، ۱۸/۲۲۵؛ صادقی تهران، ۲۷/۸۷).

توضیح اینکه «اثختموهم» از ماده «ثخن» (بر وزن شکن) به معنای «غلظت و صلابت» است و از این رو، به پیروزی و غلبه آشکار و تسلط کامل بر دشمن، اطلاق می‌شود. گرچه غالب مفسران این جمله را به معنای کثرت و شدت کشتار دشمن گرفته‌اند (فخر رازی، ۱۵/۵۱۱)، برخی معتقدند این معنا در ریشه لغوی «اثخان» نیست، اما از آنجا که گاه جز با کشتار شدید و وسیع دشمن، خطر برطرف نمی‌گردد یکی از مصادیق این جمله در چنین شرایطی می‌تواند «کشتار زیاد» باشد نه مفهوم اصلی آن (مکارم شیرازی و دیگران، ۲۱/۳۹۹). در فرهنگ لغت عرب نیز آمده است: «اثخن اذا غلب وقهر» (ابن منظور، ۱۳/۷۷). از این رو، طبرسی در بیان مفهوم این جمله، عبارت «أثقلتهم بالجراح وظفرتهم بهم» را انتخاب کرده و تعبیر «بالغتم في قتلهم و أكثرتم القتل حتى ضعفوا» را به صورت «قیل» آورده است که مشعر به ضعف آن است (طبرسی، ۹/۱۴۷).

از مجموع این نکات می‌توان چنین برداشت کرد که در میدان کارزار و در بحبوحه نبرد، مجاهدان مسلمان نباید همت خود را گرفتن اسیران بیشتر قرار دهند و از این ناحیه، ضربه‌پذیر شوند. این همان

نکته‌ای است که از آیه سوره انفال نیز برداشت می‌شود: «تُرِيدُونَ عَرَضَ الدُّنْيَا». اصولاً جنگ‌های پیامبران نه به هدف کشورگشایی و کسب غنائیم مالی و جانی، که به هدف دفع خطر از ساحات دین، درهم شکستن شوکت دشمنان و در نهایت، گشودن دل‌ها بوده است (صادقی تهرانی، ۸۷/۲۷). بنابراین، گرفتن اسیر باید با هدف غلبه بر دشمن و به شکلی معقول، توأم با هوشیاری در برابر حملات غافلگیرانه آنان باشد و نه فرصت‌طلبی برای کسب غنائیم بیشتر و گرفتن اسیران فزون‌تر؛ اشتباهی که مسلمانان، مشابه آن را در غزوه احد مرتکب شدند و ضربه آن را متحمل گشتند.

بر این اساس، برداشت‌هایی همچون «حرمت اسیر گرفتن در آغاز و نسخ آن در اواخر عهد تشریع» و «لزوم کشتار وسیع کفار و تحریم اسیر گرفتن پیش از غلبه مطلق بر آنان»، ناستوار است و با سایر تعالیم دینی و گزارش‌های تاریخی سازگار نیست؛ به‌ویژه گزارش‌هایی که نشان می‌دهد حتی در جنگ بدر نیز که مسلمانان در اقلیت بودند، اسیرانی گرفته شد و غالب آنان با عوض یا بدون عوض آزاد شدند (طبرسی، ۸۵۹/۲؛ ابن العربی، ۸۷۹/۲). بنابراین، نظر نقل‌شده از ابن عباس نیز دقیق نیست.

استناد به آیاتی مانند «فَاصْرِبُوا فَوْقَ الْأَعْنَاقِ وَاصْرِبُوا مِنْهُمْ كُلَّ بَنَانٍ» (انفال: ۱۲) بر حرمت گرفتن اسیر و لزوم کشتن کفار (فخر رازی، ۵۰۸/۱۵) نیز بسیار مخدوش است؛ چه آیه در مقام تحریک و تشویق بر نبرد و کارزار با دشمنی است که سلاح بر دست، به مسلمانان یورش آورده است و نه در مقام جواز یا عدم جواز اسیر گرفتن و شرایط و احکام آن.

سه. در آیه ۴ سوره محمد برخی گفته‌اند: «حَتَّى تَضَعَ الْحَرْبُ أَوْزَارَهَا» قید «فَضْرَبَ الرِّقَابَ» است، یعنی کشتن دشمن تا پایان جنگ باید ادامه پیدا کند. در نتیجه، «پیش از پایان جنگ»، اسیر گرفتن مشروعیت ندارد و مسلمان با هر کافری که روبه‌رو شود فقط باید او را به قتل برساند (ر.ک: ابن العربی، ۱۷۰۳؛ فاضل مقداد، ۳۶۵/۱).

نقد و بررسی: اینکه «حتی تضع الحرب» قید «فضرب الرقاب» در صدر آیه باشد، با توجه به فاصله زیاد این دو عبارت از یکدیگر، خلاف ظاهر و فاقد دلیل است. بلکه ظاهر آیه این است که «حتی تضع الحرب» قید برای مجموع احکام پیش از آن است، یعنی در میدان جنگ، «کشتن دشمن و محکم بستن اسیران» باید تا پایان جنگ ادامه یابد.

چهار. حکم آیه «فَإِمَّا مَنًّا بَعْدُ وَإِمَّا فِدَاءً» با آیه «فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ» نسخ شده است (ر.ک: جصاص، ۲۶۹/۵؛ ابن العربی، ۱۷۰۱/۴؛ طوسی، التبیان، ۲۹۱/۹).

نقد و بررسی: این ادعا قابل نقد است؛ زیرا از یک سو، آیه قتال با مشرکان درباره میدان کارزار و عرصه رویارویی در جنگ است نه حکم اسیر جنگی. آیات آغازین سوره توبه به‌ویژه آیات ۴، ۷، ۱۰ و ۱۲ نشان

می‌دهد که فرمان جهاد، علیه آن دسته از مشرکانی صادر شده بود که عهد و پیمان خود را شکسته بودند، و آیه ۱۳ علاوه بر این نشان می‌دهد که آنان خود آغازگر جنگ بودند: «أَلَا تُقَاتِلُونَ قَوْمًا نَكَثُوا أَيْمَانَهُمْ وَهَمُّوا بِإِخْرَاجِ الرَّسُولِ وَهُمْ يَدْعُوكُمْ أَوَّلَ مَرَّةٍ» (توبه: ۱۳). طبیعی است با چنین گروهی دستور قاطع برای نبرد صادر می‌گردد و این البته ارتباطی به نحوه تعامل با اسیران جنگی ندارد، بلکه مسئله اسیر گرفتن در خود آیه قتال با مشرکان به صورت جداگانه آمده است: «فَإِذَا أُنْسِلَخَ الْأَشْهُرُ الْحُرُمُ فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ وَخُذُوهُمْ وَاحْصُرُوهُمْ وَاقْعُدُوا لَهُمْ كُلَّ مَرْصَدٍ» (توبه: ۵) کشتن در میدان رویارویی: «فَاقْتُلُوا» و اسیر کردن به هنگام تسلیم شدن آنان: «وَخُذُوهُمْ».

از سوی دیگر، نسخ نیازمند دلیل قطعی است و به صرف ادعا ثابت نمی‌شود.

پنج. ادعای اتفاق نظر فقیهان. صاحب جواهر، کشتن اسیر را در شرایط جنگی، «بدون مخالف قابل اعتنا» می‌داند (صاحب جواهر، ۱۲۲/۲۱). جصاص نیز درباره اجماع نظر فقیهان اهل سنت می‌گوید: «فقیهان همه مناطق بر جواز قتل اسیر اتفاق نظر دارند و در این باره مخالفی بین آنان سراغ ندارم.» (جصاص، ۲۶۹/۵).

نقد و بررسی: اجماع نظر فقیهان در این مسئله نمی‌تواند دلیل معتبری به شمار آید؛ چه در خصوص فقیهان شیعه، ادعای یادشده جایی ندارد. مشهور فقیهان و مفسران شیعه تصریح کرده‌اند که اسیر جنگی را نمی‌توان بعد از پایان جنگ به قتل رساند (محقق حلی، ۱/۲۴۲؛ علامه حلی، ۴/۴۲۲؛ فاضل مقداد، ۱/۳۶۵؛ صاحب جواهر، ۱۲۶-۱۲۷؛ صادقی تهرانی، ۱۲/۲۹۴ و ۲۷/۸۹؛ مکارم شیرازی و دیگران، ۲۱/۴۰۰). آنان حکم قتل را به صورتی منحصر کرده‌اند که جنگ در جریان باشد. در همین صورت نیز، اگرچه فقیهی همچون صاحب جواهر، حکم قتل اسیر را «بدون مخالف قابل اعتنا» می‌داند، مخالفت اسکافی با این حکم را گزارش می‌کند (صاحب جواهر، ۱۲۲/۲۱). شماری از فقیهان نیز به طور مطلق، حکم اسیر را به دو گزینه قرآنی آن منحصر دانسته‌اند (صدر، ۳۱۴-۳۱۶؛ مکارم شیرازی و دیگران، ۲۱/۴۰۰؛ معرفت، شبهات و ردود، ۱۸۵-۱۸۶). افزون بر آن، اصولاً این اجماع «مدرکی» است و مستند مجمعی، آیات و روایاتی است که در این باره وجود دارد (صاحب جواهر، ۱۲۲-۱۲۳) و اجماع مدرکی حجیت مستقل ندارد.

درباره ادعای اجماع بین عالمان اهل سنت نیز باید گفت: شماری از تابعان همچون حسن و عطاء، قتل اسیر را ناروا می‌دانستند و جصاص خود بر اختلاف نظر سلف در این مسئله اذعان نموده است (جصاص، ۲۶۹/۵). بنابراین، اتفاق نظر فقهی حتی برای اهل سنت نیز مخدوش می‌نماید.

شش. روایات. در منابع اهل سنت (ابن کثیر، ۳/ ۳۷۲ و ۳۸۱ و ۵۶۴؛ بیهقی، ۹/ ۲۱۲) روایاتی با این محتوا دیده می‌شود که پیامبر اکرم (ص) اسیر را کشته است، و حتی برخی از نویسندگان کتب آیات الاحکام ادعای تواتر آن را کرده‌اند (جصاص، ۵/ ۲۶۹. نیز: ابن قدامه، ۱۰/ ۴۰۱). از جمله: کشتن عقبه بن ابی معیط و نصر بن حارث پس از اسارت در جنگ بدر، ابو عزه شاعر پس از اسارت در احد، کشتن مردان بنی قریظه پس از پذیرش حکم سعد بن معاذ به دست آنان، قتل ابن ابی الحقیق، و نیز هلال (عبدالله) بن خطل، مقیس ابن حبابه (صبابه) و عبدالله بن سعد بن ابی سرح در جریان فتح مکه. چنان‌که فقیهان شیعه (فاضل مقداد، ۱/ ۳۶۵؛ صاحب جواهر، ۲۱/ ۱۲۲) نیز در خصوص صورتی که جنگ در جریان است، حکم قتل را مستند به روایات (کلینی، ۵/ ۳۲-۳۳) کرده‌اند که در ادامه خواهد آمد.

نقد و بررسی: قطع نظر از صحت روایات یادشده، نکته اساسی آن است که آیا کشتن این افراد، به سبب «اسیر جنگی» بودن آنان بوده است یا به دلیل انجام جرمی دیگر. گزارش‌های تاریخی به‌روشنی نشان می‌دهد که قتل این چند نفر از بین شمار فراوان اسرا، به سبب ارتکاب جرمی خاص بوده است. از این رو، برخی از مفسران تصریح کرده‌اند که قتل اسیر، ویژه موارد خاصی همچون جاسوسی (صادقی تهرانی، ۲۷/ ۸۸) یا شرایطی است که ولی‌امر آن را تشخیص داده است (فضل الله، ۲۱/ ۵۳).

درباره «سلام ابن ابی الحقیق» چنین آمده است که وی از بزرگان یهود و از دشمنانی بود که کعب بن اشرف را علیه رسول خدا (ص) حمایت می‌کرد و پیامبر را اذیت می‌نمود. از این رو، گروهی از پیامبر اجازه خواستند تا سلام را به قتل رسانند، و حضرت نیز اجازه داد. لذا آنان شبانه به محل اقامت او یورش بردند و وی را کشتند (طبری، ۲/ ۱۸۳-۱۸۴؛ بخاری، ۵/ ۲۶؛ مجلسی، بحارالانوار، ۲۰/ ۱۲-۱۳). بنابراین، اصولاً وی «اسیر جنگی» نبوده است!

در جریان جنگ بدر و احد نیز، شمار اسیران به‌ویژه در جنگ بدر، فراوان- تا بیش از ۷۰ نفر- گزارش شده است (طبرسی، ۴/ ۸۵۹؛ ابن قدامه، ۱۰/ ۴۰۱) ولی همگی آنان آزاد شدند و فقط دو نفر به قتل رسیدند و «اسارت» آنان موضوعیتی نداشت. این دو نفر، نصر بن حارث و عقبه بن ابی معیط بودند که به سبب خیانت و خیانت و زندگی سراسر شر و فساد، فرمان قتل آنان صادر گشت (مغنیه، ۳/ ۵۰۹). درباره این دو نفر گفته‌اند: «کان هذان الرجلان من شر عباد الله و اکثرهم کفراً و عناداً و بغیاً و حسداً و هجاءً للاسلام و أهله» (ابن کثیر، ۳/ ۳۷۲)؛ «من شیاطین قریش و ممن کان یؤذی رسول الله (ص) و ینصب له العداوة» (ابن هشام حمیری، ۱/ ۱۹۵).

درباره «ابوعزه شاعر» که در جنگ احد به اسارت درآمد و کشته شد نیز گفته‌اند: وی از جمله هفتاد نفری بود که در بدر اسیر شدند. رسول خدا (ص) وی را بدون فدا آزاد کرد و تعهد گرفت که کسی را ضد

پیامبر برننگیزد، ایشان را هجو نکند. ولی او پس از آزادی دوباره به تحریک و هجو پرداخت، در احد سلاح به دست گرفت و به جنگ مسلمانان آمد. از این رو، فرمان قتلش صادر گشت و پیامبر (ص) فرمود: «تورا وانمی نهم تا برگردی و بگویی: دو بار محمد را فریب دادم! مؤمن از یک سوراخ دو بار گزیده نمی شود.» (ابن کثیر، ۳/۳۸۱؛ سیوطی، ۶/۳۰۰؛ مجلسی، بحارالانوار، ۱۰۸/۲۸۱).

ضمن اینکه در این زمان هنوز آیه «فَإِمَّا مَنًّا بَعْدُ وَإِمَّا فِدَاءً» نازل نشده بود؛ چه سوره محمد نودوپنجمین سوره بر اساس ترتیب نزول است (معرفت، التمهید، ۱/۱۳۷) و از آنجا که این سوره پس از سوره احزاب نازل شد و زمان نزول سوره احزاب نیز حدود سال پنجم هجری (زمان جنگ احزاب) بود، طبعاً نزول سوره محمد پس از این سال اتفاق افتاده است، در حالی که جنگ بدر و احد در سال دوم و سوم روی داد. بنابراین، می توان گفت آیه مذکور در سوره محمد (ص) نازل گشته و حکم همیشگی اسلامی را بیان کرده است.

در خصوص افرادی نیز که در جریان فتح مکه دستور قتل آنان صادر گشت، باید توجه داشت که اصولاً در این جریان، جنگی اتفاق نیفتاد تا اسیر جنگی داشته باشد، بلکه با فروپاشی حاکمیت سیاسی مشرکان، این شهر بدون خونریزی در اختیار مسلمانان قرار گرفت. اما در این بین، فقط شش نفر، طبق نقل (بیهقی، ۹/۲۱۲)، به سبب ارتکاب جرمی خاص و بر پایه مصالح اسلام و مسلمانان (کاشانی، ۷/۱۱۹) فرمان قتل شان صادر گردید و این فرمان، ارتباطی با اسارت آنان نداشت. از بین آنان نیز طبق گزارش های تاریخی، دو یا سه نفر به قتل نرسیدند، از جمله «عبدالله بن سعد بن ابی سرح» که عثمان (برادر رضاعی اش) خواستار امان او شد و امان گرفت (طبرانی، ۶/۶۶). «مقیس بن صباه» و «ابن خطل» نیز هر دو پس از ادعای اسلام، مرتکب قتل و سپس مرتد شدند، و فرد دوم، دو کنیز آوازه خوان به کار گرفته بود که به هجاء پیامبر و مسلمانان می پرداختند. از این رو، فرمان قتل آنان صادر شد (ابن کثیر، ۳/۵۶۴).

اما کشتن مردان بنی قریظه: بنی قریظه به سبب خیانت آشکار در جنگ احزاب، مرتکب پیمان شکنی شدند. در سال پنجم هجرت جنگ احزاب رخ داد. در این سال فقط طایفه بنی قریظه در مدینه باقی مانده بودند. آن ها در این میدان پیمان خود را شکستند، به مشرکان عرب پیوستند و بر مسلمانان شمشیر کشیدند. پس از پایان غزوه احزاب و عقب نشینی رسوای قریش و غطفان و سایر قبائل عرب از مدینه، خداوند به پیامبر (ص) مأموریت داد که کانون خیانت و توطئه بنی قریظه را از میان بردارد. لشکر اسلام روزهای متمادی قلعه های مستحکم آنان را محاصره کردند تا آنکه مقاومت آنان فرو ریخت. رسول خدا (ص) به آنان فرمود: آیا حکم مرا می پذیرید؟ آنان پاسخ منفی دادند. ولی سرانجام راضی شدند هر آنچه سعد بن معاذ، رئیس قبیله اوس، حکم کرد بدان پایبند باشند. از آنجا که وی در عصر جاهلیت هم پیمان آنان بود،

انتظار داشتند به نفع آنان حکم صادر کند، ولی او به کشتن مردان جنگجو و خیانتکار آنان و اسارت شماری دیگر و مصادره اموالشان حکم کرد (طبرسی، ۵۵۱-۵۵۲؛ زمخشری، ۵۳۳/۳).

طایفه بنی قریظه خواسته یا ناخواسته از دو جهت خود را به این حکم ملتزم کرده بودند: نخست پذیرش التزام به حکم سعد بن معاذ و رد پیشنهاد اولیه پیامبر (ص)، که بنابر قاعده «أَلْزَمُوهُمْ بِمَا أَلْزَمُوا بِهِ أَنْفُسَهُمْ» محکوم به پذیرش آن بودند، و دوم انطباق حکم صادرشده با احکام کتاب مقدس یهودیان (سفر تثئیه، ۲۰/۱۰-۱۵) که آنان خود را متعهد بدان می دانستند (فضل الله، ۲۹۰-۲۹۱).

قرآن کریم این ماجرا را به اختصار چنین بیان فرموده است: «وَأَنْزَلَ الَّذِينَ ظَاهَرُوهُمْ مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ مِنْ صَيَاصِبِهِمْ وَقَذَفَ فِي قُلُوبِهِمُ الرُّعْبَ فَرِيقًا تَقْتُلُونَ وَتَأْسِرُونَ فَرِيقًا. وَأَوْرَكَكُمْ أَرْضَهُمْ وَدِيَارَهُمْ وَأَمْوَالَهُمْ وَأَرْضًا لَمْ تَطْكُوهَا وَكَانَ اللَّهُ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرًا» (احزاب: ۲۶-۲۷) آیه نخست به روشنی نشان می دهد که عامل اصلی این جنگ، پشتیبانی یهود بنی قریظه از مشرکان عرب در جنگ احزاب بود. افزون بر این، یهودیان مدینه ستون پنجمی برای دشمنان اسلام محسوب می شدند، در تبلیغات ضد اسلامی کوشا بودند و از هر فرصتی برای ضربه زدن به مسلمانان استفاده می کردند (مکارم شیرازی و دیگران، ۲۷۲/۱۷).

کاملاً روشن است که برخورد با این طایفه، به سبب عهدشکنی، خیانت ورزی و همدستی با دشمن، آن هم در زمان جنگ جبهه شرک با مسلمانان بوده است. بدیهی است هیچ حکومتی با کسانی که امنیت ملی را به مخاطره افکنند و به ویژه در زمان جنگ، با دشمن همدستی کنند مماشیات نمی کند. در آیه یادشده هم به صراحت آمده است که کشتن «گروهی» از این طایفه، به سبب خیانت و همدستی آنان با دشمن در زمان جنگ بود: «ظَاهَرُوهُمْ» نه به جرم «اسارت». ضمن آنکه گروهی نیز به اسارت درآمدند: «تَأْسِرُونَ فَرِيقًا» و فرمان قتل، تعمیم نداشت.

اما در روایات شیعه، مهم ترین روایت مستند فقیهان شیعه، روایت ذیل است: «محمد بن یحیی، عن أحمد بن محمد، عن محمد بن یحیی، عن طلحة بن زید قال: سمعت أبا عبد الله (عليه السلام) يقول: كان أبي (عليه السلام) يقول: إن للحرب حكمين إذا كانت الحرب قائمة لم تضع أوزارها ولم يثخن أهلها فكل أسير اخذ في تلك الحال فإن الامام فيه بالخيار إن شاء ضرب عنقه وإن شاء قطع يده ورجله من خلاف بغير حسم وتركه يتشبط في دمه حتى يموت وهو قول الله عز وجل: (إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فساداً أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ذلك لهم خزي في الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم).... والحكم الآخر إذا وضعت الحرب أوزارها واثخن أهلها فكل أسير اخذ في تلك الحال فكان في أيديهم فالإمام فيه بالخيار إن شاء من عليهم فأرسلهم وإن شاء فاداهم أنفسهم وإن شاء استعبدهم فصاروا عبيدا» (كلینی، ۳۲/۵).

از نظر سندی، روایت به سبب «طلحه بن زید شامی» ضعیف است. وی در منابع رجالی توثیق نشده است و نجاشی صرفاً با عنوان «عامی» او را توصیف می‌کند (نجاشی، ۲۰۷)، هرچند شیخ طوسی درباره او می‌گوید: «له کتاب و هو عامی المذهب الا أنّ کتابه معتمد» (الفهرست، ۲۵۶). لذا مجلسی این حدیث را «ضعیف کالموثق» دانسته است (مرآة العقول، ۳۵۹/۱۸)، اما اعتبار روایت ثابت نیست.

از نظر محتوایی نیز چند نکته قابل توجه است: نخست آنکه در روایت، برای حکم قتل اسیر هنگامی که هنوز جنگ در جریان است، به آیه محاربه استناد شده است. منظور از «محاربه با خدا و پیامبر» این است که کسی با اسلحه جان یا مال مردم را تهدید کند و به آن تجاوز نماید، چه در بیرون شهر و چه در داخل آن (فاضل مقداد، ۳۵۱-۳۵۲؛ مکارم شیرازی و دیگران، ۳۶۰/۴). بنابراین، آیه یادشده «احکام مختلف (قتل و غیر قتل)» محاربه را بیان می‌کند که به «افراد بی دفاع» تعرض نماید و محارب، شامل «مسلمان» هم می‌شود. حال چگونه این آیه می‌تواند مستند حکم «قتل اسیر کافر در حال جنگ» قرار گیرد؟! صاحب جواهر که گویا به این اشکال توجه داشته است، می‌گوید: استشهاد این روایت به آیه مربوط به حکم «محارب مسلمان» که گزینه غیر قتل را نیز دربردارد، لطمه‌ای به استدلال به آن وارد نمی‌کند. این احتمال نیز وجود دارد که مقصود، تشبیه حکم فی الجمله باشد، بدین اعتبار که در محل بحث نیز محارب خدا و رسول و فسادکننده در زمین وجود دارد (صاحب جواهر، ۱۲۳/۲۱). روشن است که این عبارات، اشکال را برطرف نمی‌سازد.

دوم اینکه حکم قتل اسیر حتی در هنگامی که جنگ در جریان است، با ظاهر آیه ۴ سوره محمد ناسازگار می‌باشد؛ چه از یک سو، ظاهر عبارت «فَشُدُّوا الرِّبَاطَ فَإِذَا مَنَّ مَنَّا بَعْدُ وَإِذَا فِدَاءٌ» آن است که «هنگام برپایی جنگ»، اسیر باید «محکم بسته شود» نه آنکه به قتل برسد، سپس با پایان یافتن جنگ - که آن از واژه «بَعْدُ» فهمیده می‌شود - با عوض یا بدون عوض رها گردد. از سوی دیگر، آیه در مقام بیان حکم اسیر حتی در شرایط جنگی است و سخنی از گزینه قتل در میان نیست.

سوم اینکه حکم قتل مخصوص حالتی بیان شده است که جنگ در جریان باشد. بنابراین ممکن است ناظر به شرایط «پیش از اٹخان» باشد که اصولاً اسیر گرفتن مجاز نیست. گویا از این روست که صاحب جواهر در عداد دلایل این حکم، حرمت اسیر گرفتن را پیش از اٹخان نیز بر پایه آیات یاد کرده است (صاحب جواهر، ۱۲۳/۲۱). بنابراین، «پیش از اٹخان»، اسیری نباید گرفته شود و با دشمن مسلح، در میدان نبرد باید مقابله گردد و «در معرکه جنگ به قتل برسد»، ولی اگر به هر دلیلی حتی تخلف مجاهدان، اسیری گرفته شد، آیا کشتش مجاز است؟ پیش‌تر آوردیم که در جنگ بدر همین اتفاق افتاد، ولی تمام اسیران آزاد گشتند، به جز دو نفر که به جرمی خاص کشته شدند. بنابراین، اگر مفاد این روایت، تعیین قتل

اسیر در این شرایط باشد، با سیره پیامبر (ص) در تضاد است، و اگر مقصود این باشد که «در صورت اثبات جرمی خاص» - غیر از موضوع اسارت - حاکم حق دارد وی را به قتل برساند، پذیرفتنی است و البته ارتباطی با حکم اسیر پیدا نمی‌کند. شاید استناد به آیه محاربه، همین احتمال اخیر را تقویت کند. چهارم اینکه این روایت، دست‌کم حکم قتل اسیر را «پس از اتمام جنگ» منتفی می‌داند. اما در این صورت، در کنار دو گزینه مذکور در آیه ۴ سوره محمد، گزینه «بردگی» را نیز افزوده است که در ادامه بحث خواهد شد.

پنجم اینکه در روایات تصریح شده است افراد حق کشتن اسیر را تحت هیچ شرایطی ندارند و بیان حکم اسیر صرفاً بر عهده امام است: «إذا أخذت اسيراً فعجز عن المشي و ليس معك محمل فأرسله، و لا تقتله فانك ماتدري ما حكم الامام فيه» (کلینی، ۳۵/۵). بدیهی است در عصر غیبت، ولی فقیه مبتنی بر همین اختیار می‌تواند شرایط و مصالح جامعه را در نظر گیرد و حکم مقتضی را صادر کند. روایت دیگری نیز در خصوص «قتل اسیران مسلمان» در شرایطی خاص وجود دارد (کلینی، ۳۲/۵ - ۳۳) که سند آن حدیث دست‌کم به سبب «قاسم بن محمد اصفهانی» ضعیف است (نجاشی، ۳۱۵). از این رو، قابل استناد نیست.

هفت. برخی گفته‌اند: جواز قتل اسیر به سبب «کفر» اوست. گویا قرآن «مَنْ وَفَدَاء» را پیش از دستگیری کافر حرام دانسته است و پس از دستگیری او جایز، ولی کشتن کافر از حیث کفر، در هر دو حال جایز است (کیاهاراسی، ۳۷۴/۴). اینکه مشهور فقیهان امامیه، قتل اسیر را - در خصوص صورتی که جنگ در جریان است - با مسلمان شدن اسیر منتفی دانسته‌اند (صاحب جواهر، ۱۲۴/۲۱) نیز ممکن است ناظر به سببیت کفر برای این حکم باشد؛ چه مجازات جرم‌هایی مانند محاربه با مسلمان شدن برداشته نمی‌شود. چنان‌که برخی از مفسران نیز احتمال داده‌اند قتل و بردگی اسیر، حکمی ناشی از «کفر» آنان باشد و نه «اسیر» بودنشان (فضل الله، ۵۳/۲۱).

نقد و بررسی: روشن است که این استدلال به فرض صحت، شامل اسیر مسلمان نمی‌شود و مخصوص کفار است. اما همه سخن در این است که کشتن کدام کافر و با چه شرایطی و به چه هدفی مشروعیت دارد؟ چنان‌که تخیر بین قتل و بردگی به سبب «کفر» اسیر و وادار کردن او به مسلمان شدن، با اصول و احکام اسلامی به‌ویژه «نفی اکراه در دین» ناسازگار است. در مجالی دیگر به تفصیل به این موضوع پرداخته شده است که صرف کفر، مجوز قتل نیست (ایروانی، ۳۱-۵۷).

گزینه دوم: بردگی

برخی از تابعان همچون حسن بصری (راوندی، ۱/۳۴۷) و فقیهان اهل سنت و شیعه، از جمله: ابوحنیفه (ابن العربی، ۴/۱۷۰۲)، شافعی (احکام القرآن، ۱/۱۵۸-۱۵۹) و دیگران (فاضل مقداد، ۱/۳۶۵؛ صاحب جواهر، ۲۱/۱۲۳-۱۲۴؛ نووی، ۱۹/۳۱۲)، برده شدن اسیر را یکی از گزینه‌ها دانسته‌اند. فخررازی نیز معتقد است بردگی در خصوص اسیران عرب جایز نیست؛ زیرا پیامبر (ص) با آنان بود و ذکری از برده‌سازی به میان نیامده است! (فخررازی، ۲۸/۳۸-۳۹) وی توضیح نداده است که در این حکم عرب بودن چه خصوصیتی دارد.

دلایل حکم بردگی و نقد و بررسی آن

دلیل عمده فقیهان شیعه و اهل سنت برای این گزینه، «روایات» است (فاضل مقداد، ۱/۳۶۵؛ راوندی، ۱/۳۴۷؛ صاحب جواهر، ۲۱/۱۲۴؛ ابن قدامه، ۱۰/۴۰۰-۴۰۲).

در نقد آن باید گفت: این گزینه در آیه مربوط به حکم اسیران (آیه ۴ سوره محمد) وجود ندارد. از این رو، به باور برخی از فقیهان مفسر، گزینه بردگی دستوری الزامی نیست، بلکه مخصوص صورتی است که رهبر مسلمانان در شرایط خاصی، آن را لازم ببیند، و شاید به همین دلیل در متن قرآن نیامده و تنها در روایات اسلامی منعکس است. در روزگار نبوی زندان نبود که بتوان اسیران جنگی را تا روشن شدن وضعشان نگهداری کرد، و راهی جز تقسیم کردن آن‌ها در میان خانواده‌ها و نگهداری به صورت برده وجود نداشت. (مکارم شیرازی و دیگران، ۲۱/۴۰۰ و ۴۱۷؛ نیز: فضل الله، ۲۱/۵۳؛ محقق داماد، ۷۲۰-۷۲۹).

در حقیقت، برده شدن اسیر، اصلی اقتصادی یا سیاست تعذیبی برای اسیران نبوده است، بلکه ضرورتی برای جلوگیری از مفاسد آزادسازی در آن برهه و نبود امکانات بیت‌المال برای دربند کردن آنان بوده است (صادقی تهرانی، ۱۲/۲۹۷ و ۲۷/۸۸). اگر آزاد کردن اسیر به صلاح جامعه اسلامی نباشد و در صورت آزادی، وی دوباره سلاح بردارد و وارد جنگ شود، جایگزین برده کردن، طبعاً با «قتل» خواهد بود که کاری غیر انسانی و غیر شرعی است، و یا «زندان» که آن نیز مشکلات خاص خود را دارد؛ اعم از مشکلات روحی و جسمی برای اسیر و هدر دادن نیرو و توانش، و مشکلاتی برای بیت‌المال که باید هزینه‌های او را متحمل شود و سودی نصیب مسلمانان نگردد. اما برده شدن با شرایط و ساختاری که در آموزه‌های اسلامی آمده است، بدین معنا است که اسیر، به خانه یکی از مسلمانان منتقل می‌شود، اهل خانه از نیروی کار وی بهره‌مند می‌گردد و در مقابل، تمام هزینه‌های زندگی او از قبیل مسکن، خوراک و پوشاک، و حتی تزویج او را در زمان مناسب متقبل می‌شود. البته همه این‌ها با رعایت اخلاق انسانی و اسلامی که در آموزه‌های دینی بر آن سخت تأکید می‌شود (نک: نور: ۳۲؛ کلینی، ۵/۳۵؛ مجلسی، بحارالانوار، ۷۱/۱۴۱-۱۴۲). انجام

می‌پذیرد. نیز در زمان مناسب و با برنامه‌ای حساب‌شده باید شرایط آزادی او فراهم گردد. در این برنامه، قالب‌های الزامی - همچون لزوم آزاد کردن برده در کفاره‌ها (نک: نساء: ۹۲؛ مائده: ۸۹؛ مجادله: ۳) یا از سهم زکات (توبه: ۶۰) - و قالب‌های تشویقی - مانند وعده پاداش الهی برای آزاد کردن برده (نک: کلینی، ۱۸۰/۶) - گنجانده شده است. اسیر نیز در این مدت با تعالیم اسلامی آشنا می‌گردد و خانواده مسلمان با نمایاندن اخلاق اسلامی به وی، شرایط مسلمان شدن او را نیز فراهم می‌آورند.

بنابراین، در صدر اسلام که نه مکان و امکاناتی برای نگهداری از اسیران وجود داشت و نه آزاد کردن آنان به مصلحت جامعه اسلامی بود، از باب ضرورت و طبق نظر رهبر مسلمانان، حکم به برده شدن اسیران می‌شد. در آن مقطع تاریخی، اسیران مسلمان در جنگ‌ها به بردگی دشمنان اسلام درمی‌آمدند و با نهایت خشونت و ستم، با آنان رفتار می‌شد. در این شرایط که آزاد کردن اسیران دشمن به دست مسلمانان نوعی تشجیع دشمن به شمار می‌رفت، بهترین راه، نوعی مقابله به مثل بود. ولی این روش در آیه مذکور بیان نگردید تا قانون همیشگی اسلام شمرده نشود (نک: قطب، ۶/۳۲۸۲-۳۲۸۵؛ صدر، ۳۱۴-۳۱۶؛ مکارم شیرازی و دیگران، ۴۰۰/۲۱؛ معرفت، شبهات و ردود، ۱۸۵-۱۸۶).

این تحلیل البته مبتنی بر ثبوت این حکم در سنت است. اما در همین مسئله نیز دو نکته وجود دارد: نخست آنکه روایات مشتمل بر حکم بردگی که حکم قتل را نیز دربردارد، ضعف سندی دارند. دوم اینکه برده ساختن اسیران به دستور پیامبر (ص) نیز به اثبات نرسیده است (معرفت، شبهات و ردود، ۱۸۶) و هیچ سند متقنی وجود ندارد که پیامبر (ص) اسیر جنگی را برده کرده باشد (محقق داماد، ۷۲۰-۷۲۹). سیره رسول خدا (ص) در جنگ‌های مختلف - که به برخی از آن‌ها پیش‌تر اشاره شد - این مطلب را تأیید می‌کند.

گزینه سوم: فداء

فقیهان اهل سنت در این باره سخت اختلاف نظر دارند: فقیهان حنفی مبادله اسیر اهل حرب را در برابر مال مجاز نمی‌دانند تا امکان بازگشت وی به میدان جنگ منتفی شود (جصاص، ۵/۲۷۰). ابوحنیفه خود معتقد بود اسرا در برابر اسیران مسلمان نیز نباید مبادله شوند، ولی ابویوسف، ثوری و اوزاعی این کار را جایز می‌دانستند. از نظر ابوحنیفه، آیه فداء به طور کلی، نسخ شده است و اسیر فقط باید به قتل برسد یا برده شود. شافعی به طور کلی، فداء را مجاز می‌دانست (جصاص، ۵/۲۷۰؛ ابن العربی، ۴/۱۷۰۲). عموم فقیهان شیعه نیز، گزینه آزاد کردن اسیر را با عوض، پس از اتمام جنگ مطرح کرده‌اند (فاضل مقداد، ۱/۳۶۵؛ صاحب جواهر، ۲۱/۱۲۶-۱۲۷).

دلایل مثبتین و مانعین و نقد و بررسی آنها

دلایل کسانی که فداء را تجویز می‌کنند عبارت‌اند از: ۱. آیه «فَأَمَّا مَنْ بَعْدَ إِيمَانِهِ فِدَاءٌ»، که به اطلاق خود، مبادله اسیر در برابر فداء، اعم از مال یا اسیران دشمن را تجویز فرموده است. ۲. فعل پیامبر (ص) درباره اسیران بدر که آنان را در برابر مال، معاوضه کرد. نیز معاوضه اسیران مسلمان با اسرای مشرک در برخی از نبردهای دیگر که به دستور نبوی صورت گرفت و در روایات منعکس شده است (طوسی، التبیان، ۱۵۸/۵؛ جصاص، ۲۷۰/۵؛ ابن قدامه، ۴۰۱/۱۰) دلیل دیگر تجویزکنندگان فداء است.

مانعین اما چنین استدلال کرده‌اند که حکم مذکور در آیه «فَأَمَّا مَنْ بَعْدَ إِيمَانِهِ فِدَاءٌ» و روایات دال بر فداء در بدر، نسخ شده است و ناسخ آن، آیات «فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ وَخُذُوهُمْ وَاحْصُرُوهُمْ» (توبه: ۵) و «قَاتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَا بِالْيَوْمِ الْآخِرِ» (توبه: ۲۹) است؛ چراکه سوره توبه بعد از سوره محمد نازل شد و این دو آیه نیز قتال را با کفار تا زمان اسلام آوردن یا پرداخت جزیه (در خصوص اهل کتاب) واجب کردند. برخی همچون قتاده، ناسخ آن را آیه «فَأَمَّا تَتَقَفَّنَهُمْ فِي الْحَرْبِ فَشَرِّدْ بِهِمْ مَنْ خَلَفَهُمْ» (انفال: ۵۸) دانسته‌اند. همچنین، تعهد مسلمانان برای بازگرداندن مسلمانان پناهنده به مدینه، که یکی از مفاد صلح حدیبیه بود، بعدها به دستور پیامبر نسخ شد و حضرت از اقامت مسلمانان در بین مشرکان نهی فرمود. (جصاص، ۲۷۰/۵؛ کیه‌راسی، ۳۷۴/۴؛ طوسی، التبیان، ۲۹۱/۹).

باید گفت این دلایل نااستوار می‌نمایند. ادعای نسخ آیه فداء با آیه قتال را پیش‌تر نقد کردیم. ادعای نسخ با آیه قتال با اهل کتاب، نیز بی‌پایه است؛ چه هدف از این قتال را می‌توان در جمله «حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ» جستجو کرد؛ هدف آن است که اهل کتاب در جامعه اسلامی شرایط حضور را به شکل اقلیتی دینی بپذیرند. این مهم با پذیرش دو امر محقق می‌شود: یکی پرداخت «جزیه» که در قبال تأمین امنیت آنان در حکومت اسلامی و معاف بودنشان از پرداخت خمس و زکات (نک: کلینی، ۵۶۸/۳) تشریع شده است، و دوم، خضوع و تسلیم آنان در برابر آیین و مقررات اسلامی و حکومت عدل دینی،^۱ که خود نشانه پذیرش زندگی مسالمت‌آمیز با مسلمانان و حفظ حریم‌ها و حرمت‌هاست، آن‌سان که خود را هم‌تراز جامعه مسلمانان ندانند تا در نتیجه، بر اساس تمایلات و هوس‌های خود، به ترویج عقاید باطل و رفتارهای فسادانگیز بپردازند. از این رو، در سوره مائده- که بعد از سوره توبه نازل شده- آمده است: «وَلَا تَزَالُ تَطَّلِعُ عَلَى خَائِنَةٍ مِنْهُمْ إِلَّا قَلِيلًا مِنْهُمْ فَاعْفُ عَنْهُمْ وَاصْفَحْ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ» (مائده: ۱۳). ضمن اینکه اصولاً آیه قتال با اهل کتاب، ربطی به موضوع «اسیر جنگی» ندارد.

۱. این‌که برخی، «هم صاغرون» را تحقیر و توهین و سخریه دانسته‌اند، نه از مفهوم کلمه برمی‌آید و نه با روح آموزه‌های اسلامی سازگار است؛ چه «صاغر» در لغت به معنای کسی است که به منزلت پایین راضی شود. (راغب اصفهانی، ۴۸۵) و خود را برتر نداند، بی‌آنکه بار منفی و اهانت‌آمیز داشته باشد. (نک: طباطبایی، ۲۵۰/۹؛ مکارم شیرازی و دیگران، ۳۵۴/۷).

نیز آیه «فَإِمَّا تَثَقَفَنَّهٗمْ فِي الْحَرْبِ فَشَرِّدْ بِهِمْ مِّنْ خَلْفَهُمْ لَعَلَّهُمْ يَذَّكَّرُونَ» (انفال: ۵۷) ارتباطی با حکم اسیر ندارد؛ زیرا آیه بیانگر آن است که هرگاه در میدان جنگ، «با سرعت و دقت و بدون غافلگیر شدن» (تَثَقَفَنَّهٗمْ) بر عهده‌شکنان دست یافتی، چنان شجاعانه و قاطعانه بر آنان حمله کن که «نیروهای پشت سر آنان» (فخر رازی، ۱۵/۴۹۸) یا «دیگر دشمنان و پیمان‌شکنان» (مغنیه، ۳/۴۹۹؛ مکارم شیرازی و دیگران، ۷/۲۱۸) یا هر دوی اینان (فضل الله، ۱۰/۴۰۵) پراکنده شوند و فکر حمله را از سر بیرون کنند. از این آیه می‌توان برداشت کرد که کشتن یا اجبار بر اسلام آوردن و نیز اسیر گرفتن برای معاوضه و کسب مال، هیچ‌کدام از اهداف جهاد نیست، بلکه مقصود آن است که در مواجهه با دشمن در میدان جنگ، مسلمانان چنان صلابت و قاطعیتی از خود نشان دهند که دیگر دشمنان را از فکر حمله منصرف سازند و نیروهای پشت جبهه آنان را به فرار و دور شدن از میدان جنگ وادارند.

اما نسخ یکی از بندهای صلح‌نامه حدیبیه مبنی بر استرداد مسلمان پناهنده، نیز در واقع خلط بین موضوع «پناهندگی» با موضوع «اسارت» است. در پیمان صلح حدیبیه مسلمانان متعهد شده بودند اگر فردی از مکه به مدینه پناهنده شد، وی را مسترد نمایند. این پیمان ده‌ساله بود و مسلمانان بندهای گوناگون آن را تا زمانی که طرف مقابل بدان پایبندی داشت، اجرا می‌کردند (ابن هشام حمیری، ۳/۷۸۲؛ مکارم شیرازی و دیگران، ۲۲/۱۲) ولی حدود دو سال بعد که «برخی» از مشرکان بندهایی از آن را آشکارا نقض کردند، دستور مقابله به مثل صادر گشت. بنابراین، نه اصل مفاد این بند و نه نقض احتمالی آن، ارتباطی با موضوع اسارت ندارد. ضمن آنکه اصولاً نهی روایات از اقامت مسلمان بین مشرکان (کلینی، ۲/۲۷۷)، نهی کلی و ناظر به شرایط عادی و اختیاری فرد مسلمان است، نه شرایط خاص پدیدآمده در پی تعهد حدیبیه.

گزینه چهارم: رهایی بدون عوض (من)

حکم رهایی اسیر بدون عوض، هم صریح آیه ۴ سوره محمد است و هم روایات (کلینی، ۵/۳۲) و دیدگاه غالب فقیهان مسلمان. چنان‌که «منّ و فداء (با مال یا مبادله اسیران)» هر دو در سیره پیامبر (ص) گزارش شده است (کلینی، ۸/۲۹۹-۳۰۰؛ بخاری، ۵/۱۱۷-۱۱۸؛ طوسی، الخلاف، ۴/۱۹۳-۱۹۴). بنابراین، در این مجال بحث بیشتر درباره این گزینه ضرورت ندارد.

یادکردنی است که طبق آموزه‌های قرآنی و روایی، بر تشویق اسیران به خیر و جبران غرامتی که به‌عنوان فداء پرداخته‌اند (انفال: ۷۰-۷۱؛ حمیری، ۲۱-۲۲) و نیز بر احسان و رسیدگی به آنان (انسان: ۸؛ کلینی، ۵/۳۵؛ صاحب جواهر، ۲۱/۱۳۱) تأکید شده است. این آموزه‌ها سنخیتی با «کشتن»، «وادار کردن به اسلام با تهدید به قتل» و «بردگی اجباری» اسیر ندارد.

نتیجه‌گیری

در قرآن نسبت به اسیران جنگی صرفاً دو گزینه ذکر شده است: «منّ» و «فداء» (آزادی با عوض و بدون عوض)، ولی در متون فقهی گزینه‌های دیگری همچون «قتل» و «بردگی» نیز مطرح است و حتی گاه ادعا شده است که دو گزینه قرآنی به کلی منسوخ‌اند.

در مورد گزینه قتل اسیر، عمده استناد فقیهان به روایاتی است که نشانگر قتل اسیران به دستور پیامبر (ص) یا امام معصوم (ع) است. بررسی‌ها نشان می‌دهد که کشتن معدود اسیران جنگی در صدر اسلام، به سبب ارتکاب «جرمی خاص» بوده است که آنان مرتکب شدند، نه به سبب «اسارت». از سویی، این‌گونه روایات، ضعف سندی دارند. استناد به آیات نیز برای تأیید این گزینه، ناستوار است.

در مورد گزینه برده ساختن اسیر، دلیل قائلان منحصر به روایات است. اما این حکم نه در آیات آمده است و نه در سیره عملی رسول خدا (ص) دیده می‌شود. شواهد گویای آن است که برده کردن اسیران، نه حکمی دائمی، که ضرورتی برای جلوگیری از مفاسد آزادسازی آنان در آن برهه زمانی و نبود امکانات بیت‌المال برای در بند کردن آنان بوده است.

از سوی دیگر، با آنکه دو گزینه «منّ» و «فداء» به صراحت در قرآن آمده است، برخی از فقیهان به طور کلی، منکر آن شده و آیه مشتمل بر آن را با آیه سیف و مانند آن منسوخ دانسته‌اند. این در حالی است که مفاد آیه منّ و فداء، مؤید به سیره رسول خدا (ص) در جنگ‌ها، و روایات معصومان (ع) است و آیاتی مانند آیه سیف، اصولاً ارتباطی با حکم «اسیر جنگی» ندارد. با این حال، بر اساس آیات، تا زمانی که مسلمانان از طرف دشمن غافلگیر نشده‌اند، نباید اندیشه گرفتن اسیران بیشتر برای کسب فداء، جای مجاهدت و نبرد را بگیرد.

بنابراین، درباره اسیر جنگی فقط دو گزینه مشروعیت دارد: رهایی بدون عوض و با عوض. همچنین، از آیات و روایات، تعامل انسانی و اخلاقی با اسیران نیز استفاده می‌شود.

منابع

- ابن عربی، محمد بن عبدالله، *احکام القرآن*، بی‌جا، بی‌تا.
 ابن قدامه، عبد الله، *المغنی*، بیروت، دارالکتب العربی، بی‌تا.
 ابن کثیر، اسماعیل بن کثیر، *السیره النبویه*، بیروت، دارالمعرفه، ۱۳۹۶ ق.
 ابن منظور، محمد بن مکرم، *لسان العرب*، بیروت، دارالفکر، ۱۴۱۰ ق.
 ابن هشام، عبدالمملک بن هشام، *سیره النبی (ص)*، مکتبه محمدعلی صبیح و اولاده، ۱۳۸۳ ق.
 ایروانی، جواد، «آزادی یا اجبار عقیده در موازنه میان «لا اکراه فی الدین» با آیات قتال»، *فصلنامه تحقیقات علوم*

- قرآن و حدیث، ش ٣٤، ١٣٩٦ ش، صص ٣١-٥٧.
- بحرانی، هاشم، *البرهان فی تفسیر القرآن*، تهران، مؤسسه البعثه، ١٤١٥ ق.
- بخاری، محمد بن اسماعیل، *الصحيح*، بیروت، دارالفکر، ١٤٠١ ق.
- بيهقي، احمد بن حسين، *السنن الكبرى*، بیروت، دارالفکر، بی تا.
- جصاص، احمد بن علی، *احکام القرآن*، بیروت، دارالکتب العلمیه، ١٤١٥ ق.
- حمیری، عبدالله بن جعفر، *قرب الاسناد*، قم، مؤسسه آل البيت (ع)، ١٤١٣ ق.
- راغب اصفهانی، حسین بن محمد، *مفردات الفاظ القرآن*، تحقیق صفوان عدنان داوودی، دمشق، دارالقلم، ١٤١٦ ق.
- زمخشري، محمود بن عمر، *الكشاف*، بیروت، دارالکتب العربی، ١٤٠٧ ق.
- سرخسی، محمد بن احمد، *المبسوط*، بیروت، دارالمعرفه، ١٤٠٦ ق.
- سیاه رستمی، هاجر، حسین نژاد، کتایون، افچنگی، محسن، (تهیه و گردآوری)، *حقوق بین الملل بشردوستانه ناظر بر حمایت از افراد درگیری های مسلحانه (مجموعه اسناد ژنو)*، مؤسسه آموزش عالی علمی کاربردی هلال ایران، ١٣٩٠.
- سیوطی، جلال الدین، *الديباج علی صحيح مسلم بن الحجاج*، المملكة العربيه السعوديه، دار ابن عفان للنشر و التوزيع، ١٤١٦ ق.
- شافعی، محمد بن ادريس، *احکام القرآن*، بی جا، بی تا.
- _____، *كتاب الأم*، بیروت، دارالفکر، ١٤٠٣ ق.
- صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، تحقیق عباس قوچانی، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ١٣٦٥.
- صادقی، محمد، *الفرقان فی تفسیر القرآن*، قم، انتشارات فرهنگی اسلامی، ١٣٦٥.
- صدر، محمد باقر، *اقتصادنا*، قم، مؤسسه بوستان کتاب، ١٣٨٢.
- طباطبایی، محمد حسین، *المیزان فی تفسیر القرآن*، بیروت، مؤسسه الاعلمی للمطبوعات، ١٤١٧ ق.
- طبرانی، سلیمان بن احمد، *المعجم الكبير*، قاهره، مکتبه ابن تیمیه، بی تا.
- طبرسی، فضل بن حسن، *مجمع البیان فی تفسیر القرآن*، بیروت، دارالمعرفه، ١٤٠٦ ق.
- طبری، محمد بن جریر، *تاریخ الامم و الملوك*، بیروت، مؤسسه الاعلمی للمطبوعات، ١٤٠٣ ق.
- طوسی، محمد بن حسن، *التبیان فی تفسیر القرآن*، تحقیق احمد قصیر عامل، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا.
- _____، *الخلاف*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ١٤١٧ ق.
- _____، *الفهرست*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ١٤١٧ ق.

- علامه حلّی، حسن بن یوسف، *مختلف الشیعه*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۲ ق.
- فاضل مقداد، مقداد بن عبدالله، *کنز العرفان فی فقه القرآن*، قم، انتشارات مرتضوی، ۱۳۷۳.
- فخر رازی، محمد بن عمر، *مفاتیح الغیب (التفسیر الکبیر)*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۲۰ ق.
- فضل الله، محمدحسین، *من وحی القرآن*، بیروت، دار الملائک للطباعه و النشر، ۱۴۱۹ ق.
- فیض کاشانی، ملاّ محسن، *تفسیر الصافی*، تهران، مکتبه الصدر، ۱۴۱۶ ق.
- قطب راوندی سعید الدین هبه الله، *فقه القرآن*، قم، مکتبه آیه الله العظمی المرعشی النجفی، ۱۴۰۵ ق.
- قطب، سید، *فی ظلال القرآن*، بیروت، دارالشروق، ۱۴۱۲ ق.
- کاشانی، ابوبکر بن مسعود، *بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع*، پاکستان، المکتبه الحبیبه، ۱۴۰۹ ق.
- الکتاب المقدس (العهد القدیم)*، بی جا، دارالکتاب المقدس، ۱۹۸۰ م.
- کلینی، محمد بن یعقوب، *الکافی*، تصحیح علی اکبر غفاری، ج ۳، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۶۷.
- کیاهاوسی، علی بن محمد، *آیات الاحکام*، بیروت، دارالکتب العلمیه، ۱۴۰۵ ق.
- مجلسی، محمدباقر بن محمد تقی، *بحارالانوار*، تحقیق محمدباقر بهبودی، دار احیاء التراث العربی، بیروت، ۱۴۰۳ ق.
- _____، *مرآه العقول*، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۴۰۴ ق.
- محقق حلّی، جعفر بن حسن، *شرایع الاسلام*، تحقیق سید صادق شیرازی، تهران، انتشارات الاستقلال، ۱۴۰۹ ق.
- محقق داماد، مصطفی، «حق استتسار در حقوق بین المللی اسلامی بر اساس کتاب و سیره نبوی»، *مجموعه مقالات اسلام و حقوق بین الملل بشردوستانه*، تهران، مرکز مطالعات تطبیقی اسلام و حقوق بشر دوستانه بین المللی با همکاری نشر میزان، ۱۳۹۲.
- مراغی، احمد بن مصطفی، *تفسیر المراغی*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا.
- معرفت، محمدهادی، *التمهید فی علوم القرآن*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۶ ق.
- _____، *شبهات و ردود*، قم، مؤسسه التمهید، ۱۴۲۳ ق.
- مغنیه، محمدجواد، *التفسیر الکاشف*، تهران، دارالکتاب الاسلامی، ۱۴۲۴ ق.
- مکارم شیرازی، ناصر و دیگران، *تفسیر نمونه*، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۷۳.
- نجاشی، احمد بن علی، *رجال النجاشی*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۶ ق.
- نووی، یحیی بن شرف، *المجموع فی شرح المذهب*، بیروت، دارالفکر، بی تا.



مستندات محذور تأسیس فقه جدید*

مرضیه فتح آبادی

دانش آموخته کارشناسی ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه حکیم سبزواری

Email: taranom738.f@gmail.com

دکتر سید جواد خاتمی سبزواری^۱

استادیار دانشگاه حکیم سبزواری

Email: f.rajaei@hsu.ac.ir

دکتر فاطمه رجایی

استادیار دانشگاه حکیم سبزواری

Email: f.rajaei@hsu.ac.ir

دکتر موسی حکیمی صدر

استادیار دانشگاه حکیم سبزواری

Email: m.zarghi@hsu.ac.ir

چکیده

یکی از محاذیری که فقهای امامیه در لایه لای کتب فقهی و اصول فقهی در رد اثبات یا نفی حکم به آن استناد نموده‌اند، تأسیس فقه جدید است. با وجود کاربرد نسبتاً زیاد این دلیل در کلام فقها تعریفی از تأسیس فقه جدید و همچنین پشتوانه محذور بودن آن ارائه نشده است. آنچه این پژوهش در پی یافتن آن است مفهوم تأسیس فقه جدید و پشتوانه محذور بودن آن است. در این راستا مؤلفات فقهی و اصول فقهی امامیه و دیگر اسناد مکتوب با کلید واژه‌های متنوع مورد جستجو و بررسی قرار گرفته‌اند و پس از یافتن مصادیقی از استنادات فقها سعی در کشف مفهوم و پشتوانه محذور بودن تأسیس فقه جدید به عمل آمده است. نتیجه تحقیق این که تأسیس فقه جدید با مفاهیمی مانند داشتن نظر شاذ و تغییر احکام ثابت هم ردیف شده است. پشتوانه‌های احتمالی این محذور که به نحوی از لا به لای کلام فقها به دست آمده، عبارتند از: ملازمه میان تأسیس فقه جدید و مخالفت با اجماع، مخالفت با اقتضائات عصر معصومین، مخالفت با روح تعبد، مخالفت با ضوابط اصول فقه، مخالفت با ضرورت مذهب و مخالفت با تنقیح مناط. با بررسی هریک از موارد عدم توانایی آن برای اثبات محذور بودن تأسیس فقه جدید مشخص شده است. بنابراین می‌توان گفت تأسیس فقه جدید فی نفسه محذور نیست؛ البته این مطلب به معنی مخالفت فقه جدید با فقه سنتی نخواهد بود، بلکه به معنای ضرورت استفاده از ادله محکم در استنباطات فقهی است.

کلیدواژه‌ها: فقه جدید، تأسیس فقه جدید، فلسفه فقه، فقه پویا، فقه سنتی.

*. مقاله پژوهشی؛ تاریخ وصول: ۱۳۹۶/۰۹/۰۲؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۷/۱۱/۱۵.

۱. نویسنده مسئول

The Proofs of Prohibition of Establishing a New Jurisprudence

Marzieh Fath Abadi, M.A Graduate of Islamic jurisprudence and foundations of islamic law, Hakim Sabzevari University

Sayyed Javad Khatami Sabzevari, Ph.D. Assistant Professor, Hakim Sabzevari University (corresponding author)

Fatemeh Rajaei, Ph.D. Assistant Professor, Hakim Sabzevari University

Musa Hakimi Sadr, Ph.D. Assistant Professor, Hakim Sabzevari University

Abstract

One of the arguments cited by Imamia jurists in jurisprudential and Usul al-Fiqh books to prove or disprove a verdict is the prohibition of establishing a new jurisprudence. Despite the relatively high use of this argument among jurists, no definition of establishing a new jurisprudence has been offered nor has the reason behind its prohibition been presented. What this research seeks to find is the concept of establishing a new jurisprudence and the reason behind its prohibition. For this purpose, the Imamia jurisprudential and Usul al-Fiqh works and other written documents have been searched and studied using various keywords and after finding examples of jurists' citations, the authors have attempted to discover the concept and the reason behind prohibition of establishing a new jurisprudence. The result of this research is that establishing a new jurisprudence has been considered to be the same as having rare opinions and changing the permanent verdicts. The probable bases of this prohibition which is obtained in some way from the opinions of jurists are: the correlation between establishing a new jurisprudence and opposition to Idjma, contradiction with the necessities of the age of the Infallibles, contradiction with the spirit of worship, contradiction with the standards of Usul-al-Fiqh, contradiction with the requirements of religion and contradiction with rectifying the effective cause. By examining each case, its inability to prove the prohibition of establishing a new jurisprudence has become obvious. Therefore, it can be said that establishing a new jurisprudence is not per se prohibited; however, this does not mean that a new jurisprudence is in contradiction with the traditional jurisprudence. Instead, it means the necessity of applying strong arguments in jurisprudential inferences.

Keywords: new jurisprudence, establishing a new jurisprudence, philosophy of jurisprudence, dynamic jurisprudence, traditional jurisprudence.

مقدمه

در کتب فقهی و اصول فقهی در ابواب مختلف از محذوریت^۱ تأسیس فقه جدید به عنوان یک دلیل استفاده شده است؛ از جمله: بسیاری از فقها که وارد در مبحث قاعده لاضرر و بحث شمول لاضرر بر احکام عدمی شده‌اند، با استناد به این که شمول لاضرر بر احکام عدمی منجر به تأسیس فقه جدید می‌گردد، این شمول را نفی کرده‌اند (انصاری، فرائد الاصول، ۲/ ۵۳۷؛ نائینی، منیة الطالب، ۱/ ۲۹۴؛ خوانساری، رسالۃ فی قاعدة نفی الضرر، ۲۱۱؛ صدر، ۴/ ۵۹۵). در واقع می‌توان گفت این دسته از فقها محذور بودن تأسیس فقه جدید را مفروض دانسته و با توجه به آن هر کجا که اثبات حکمی منجر به این محذور شود را نفی کرده‌اند (به بیان دیگر با مفروض دانستن بطلان تالی، مقدم را ابطال می‌کنند).

دو ابهام در این استدلال دیده می‌شود. اولین ابهام، ابهام در مفهوم دقیق تأسیس فقه جدید است. دومین ابهام در دلیل محذور بودن تأسیس فقه جدید است.

برای رفع این دو ابهام لازم به نظر می‌رسد ابتداء تمام مباحثی که در آن به محذوریت تأسیس فقه جدید به عنوان دلیل استناد شده است گردآوری شود و از این رهگذر مفهوم دقیق تأسیس فقه جدید و همچنین دلیل محذور بودن آن تبیین گردد.

با توجه به این که محذوریت تأسیس فقه جدید در تعداد زیادی از احکام فقهی و همچنین استدلال‌های اصول فقهی به عنوان دلیل بر آن حکم به حساب آمده است، بررسی دقیق آن مهم به نظر می‌رسد تا از این طریق احکامی که دارای پشتوانه این دلیل هستند عیارسنجی شوند.

گفتنی است این دلیل تا حال توسط هیچ فقیه یا فقه پژوهی به طور مستقل مورد کنکاش قرار نگرفته است. صاحب جواهر اولین فقیه‌ای که به محذور بودن تأسیس فقه جدید، به عنوان پشتوانه یک حکم فقهی پرداخته است. وی در بحث لباس نمازگزار به این محذور استناد کرده است (صاحب جواهر، ۸/ ۱۵۵). پس از وی شیخ انصاری در کتاب مکاسب، فرائد الاصول و مطارح الانظار از محذور بودن تأسیس فقه جدید به عنوان دلیل، برای مباحث فقهی و اصول فقهی استفاده کرده است. پس از این دو فقیه، فقهای زیادی در مباحث متنوع فقهی و اصولی به این دلیل استناد کرده‌اند. البته همان‌طور که گذشت این دو فقیه و سایر فقها صرفاً به عنوان دلیل از این محذور استفاده کرده‌اند؛ اما پشتوانه این دلیل را مورد بررسی قرار نداده‌اند.

۱ محذور از ریشه «حذر»، در لغت به معنای ترس و محذور در معنای مخوف آمده است (مهنا، ۱/ ۲۴۰؛ مدنی، ۷/ ۲۶۴؛ بستانی، ۳۲۲) در کتب لغت آنچه در معنای ممنوع آمده «محظور» از ریشه «حظر» است (قرشی، ۲/ ۱۵۳؛ صینی، ۹۹)؛ اما در استعمال فقهی و اصولی آنچه در معنای ممنوع و دارای مانع است کلمه «محذور» است (خراسانی، ۶۴؛ انصاری، ۱/ ۱۸۷ و ...) لذا در این نوشتار نیز بنابر عرف کلام فقها و اصولیان از کلمه محذور به معنای ممنوع و دارای مانع استفاده شده است.

به جهت آشکار شدن روش پژوهش باید بیان کرد، در این پژوهش ابتداء با جستجوی کلیدواژه‌هایی مانند فقه جدید و ... در منابع فقهی و اصول فقهی امامیه به یافتن مصادیقی که در آن به محذور بودن تأسیس فقه جدید به عنوان یک دلیل نگاه شده، پرداخته شده است. با توجه به اینکه بحث عمیق تاریخی زیادی ندارد، دروس خارج فقه و اصول فقه فقهای معاصر نیز مورد بررسی قرار گرفته است. آنگاه با بررسی این احکام سعی بر دریافتن مفهوم دقیق تأسیس فقه جدید صورت پذیرفته است. سپس از لابه‌لای استدلال‌های فقهی به این دلیل، پشتوانه‌های ادعایی آن کشف شده و سایر پشتوانه‌های احتمالی نیز بدان اضافه شده و در مرحله آخر این پشتوانه‌ها مورد ارزیابی قرار گرفته است تا عیار محذور بودن تأسیس فقه جدید به عنوان یک دلیل فقهی مشخص شود. گفتنی است در این پژوهش در بررسی مصادیق، حتی‌الامکان سعی شده به آنچه وافی به مقصود است کفایت شود و از آوردن حواشی غیر مرتبط به بحث پرهیز شود. بدین ترتیب هم مطالب مختصرتر شده و هم سعی شده از پراکنده‌گویی پیرامون موضوعات فقهی مختلف خودداری شود.

تبیین مفهوم تأسیس فقه جدید

تأسیس فقه جدید با وجود مورد استفاده قرار گرفتن در بسیاری از استدلال‌های فقهی فقهای متأخر و معاصر (نیمه دوم قرن سیزده به بعد)، اما در مورد مفهوم آن خواه اجمالاً یا تفصیلاً در هیچ کتابی مطلبی یافت نشد. لذا به ناچار با حداقل‌هایی که پیرامون این مطلب در کتب فقهی و اصول فقهی سخن گفته شده، سعی شده مفهوم آن تا حدی آشکار شود.

هم‌ردیفان تأسیس فقه جدید از لحاظ معنایی

در این قسمت سعی شده با نگاهی به مواردی که هم‌ردیف با تأسیس فقه جدید به کار بسته شده‌اند، مفهوم اجمالی این عبارت مشخص گردد.

۱. فقه جدید هم‌ردیف با داشتن نظر شاذ یا خلاف اجماع

برخی از فقها مفهوم تأسیس فقه جدید را هم‌ردیف با داشتن نظری که هیچ‌کس از فقهای امامیه و اهل سنت بدان قائل نیست دانسته‌اند (صاحب جواهر، ۸/ ۱۵۵).

برخی از فقها نیز فقه جدید را هم‌معنا با داشتن نظر شاذ دانسته و بیان کرده‌اند: «در اقوال فقهاء نسبت به همه جوانب مسئله از نظر حرمت و افساد و کفاره نظر ثابت و مشهوری وجود ندارد که طرف مقابل آن شاذ و فقه جدیدی باشد.» در اینجا فقه جدید هم‌ردیف با داشتن نظر شاذ به کار گرفته شده است (درس خارج فقه آیت الله شبیری زنجانی، ۸۷/۰۷/۱۵).

۲. تأسیس فقه جدید هم‌ردیف با تغییر احکام ثابت شده تا حال

برخی از فقهای معاصر در باب تخصیص کتاب به خبر واحد بیان کرده‌اند: «شکی نیست که سیره اصحاب بر تقدیم خاص بر عام در تمام مسائل بوده است و اگر کسی شک کند در این مورد یا برخلاف آن عمل کند، لازم می‌آید که در تمام مبانی تردید کند و همچنین اختراع فقه جدید و شریعتی متفاوت لازم می‌آید» (محقق داماد، ۱/ ۴۸۲). در این بیان تردید در تمام مبانی فقه و ایجاد شریعتی جدید هم‌ردیف با تأسیس فقه جدید در نظر گرفته شده است.

۳. تأسیس فقه جدید هم‌ردیف با هرج و مرج

میرزای نائینی در حول قاعده لاضرر بیان می‌کند: «اگر قاعده لاضرر ثابت کننده احکام باشد، سنگ بر روی سنگ مستقر نمی‌شود و تأسیس فقه جدید لازم می‌آید» (منیة الطالب، ۱/ ۲۹۴). در این بیان نیز میرزای نائینی حکم ساز بودن قاعده لاضرر را مستلزم بی‌نظمی به طور مطلق می‌داند. وی تأسیس فقه جدید را هم‌مرتبه با این بی‌نظمی مورد استفاده قرار داده است.

اختلاف نظر در مفهوم و مصداق تأسیس فقه جدید

می‌توان گفت تأسیس فقه جدید در کلام تمام فقهای که بدان اشاره کرده‌اند، به عنوان محذور مطرح شده و برخی صراحتاً تأسیس فقه جدید را ضروری البطلان می‌دانند (حسینی، ۱۵/ ۴۷). با وجود آنچه از کلام فقها در مورد مفهوم تأسیس فقه جدید بیان شد، اما در برخی موارد فقها در این که یک حکم فقهی منجر به تأسیس فقه جدید می‌شود یا خیر اختلاف نظر دارند. در این زمینه چند مثال ذکر می‌گردد:

۱. فایده معاطات

در مورد این که معاطات مفید چیست بین فقهای امامیه اختلاف نظر وجود دارد و بحث‌های مفصلی در گرفته است. برخی معاطات را فاسد و فاقد اثر می‌دانند، برخی دیگر معاطات را مفید اباحه دانسته و برخی نیز قائل به ایجاد ملکیت جایز در اثر معاطات هستند. شیخ جعفر کاشف الغطا در پاسخ به کسانی که معاطات را مفید اباحه می‌دانند بیان می‌کند: در فرضی که قصد متعاطیین تملیک و بیع باشد، اگر بخواهیم معاطات را مفید اباحه بدانیم، تأسیس قواعد جدید لازم می‌آید. از جمله قواعد جدیدی که وی ناشی از حکم افاده اباحه از معاطات آورده این است که عقود تابع قصود نیستند، با این توضیح که با توجه به این که قصد طرفین ایجاد ملکیت بوده ولی باید بگوییم قصدشان تأثیری بر آثار معاطاتشان ندارد (کاشف الغطا، ۱۳۷). البته در پاسخ به این بیان کاشف الغطاء، شیخ انصاری معتقد است، این که گفته شود در

معاطات طرفین قصد تملیک کرده‌اند اما صرف اباحه حاصل می‌شود، منجر به تأسیس فقه جدید نمی‌شود و بعید نیست که فرد قصد تملیک کند اما صرف اباحه حاصل آید؛ کما این‌که بسیاری از فقهاء بیان کرده‌اند هبه بدون لفظ مفید ملکیت نیست و صرفاً اباحه تصرف را به دنبال دارد (ن ک: طوسی، المبسوط، ۳/ ۳۱۵؛ ابن ادریس، ۳/ ۱۷۷؛ علامه حلی، قواعد الاحکام، ۲/ ۴۰۵). همان‌طور که بیان شد در این مسئله خاص کاشف الغطاء و شیخ انصاری در مورد این‌که یک حکم فقهی منجر به تأسیس فقه جدید می‌شود یا خیر اختلاف نظر دارند.

۲. خیار اشتراط در نکاح

در مواردی نیز با وجود ادعای استلزام اثبات حکمی با تأسیس فقه جدید؛ اما برخی از فقهاء همان حکم را ثابت دانسته‌اند. به عنوان مثال: در مورد این‌که اصل اولیه در مورد خیارات در عقد نکاح چیست دو فرض مطرح شده است: فرض اول این‌که خیار در مورد اوصافی که در نکاح شرط شده یا وصفی که بیان شده و خلاف آن معلوم گشته ثابت است و مواردی که در آن‌ها خیار ثابت نیست با دلیل از ذیل این قاعده خارج شده‌اند. فرض دوم برعکس فرض اول است یعنی قاعده این است که در نکاح با این امور خیار محقق نمی‌شود و حکم کردن به خیار در نکاح نیازمند اقامه دلیل است.

برخی از فقهاء بیان کرده‌اند: «ظاهر موافق با فرض دوم است و فتح باب خیارات در نکاح مستلزم تأسیس فقه جدید است کما این‌که فقهاء اجماع دارند بر عدم صحت اشتراط خیار در نکاح» (اراکي، ۴۷۱) با وجود ادعای تأسیس فقه جدید در اثر صحیح دانستن خیار تخلف شرط و وصف در عقد نکاح اما تعدادی از فقهاء خیار تخلف شرط در نکاح را صحیح دانسته‌اند و فقه متفاوتی نسبت به سایر فقهاء ندارند (شیرازی، ۱۰/ ۳۵۹۴؛ مکارم، النکاح، ۱/ ۱۳۱). شهید صدر در این زمینه بیان می‌کند: «در عقد نکاح خیار تخلف شرط ثابت است در جایی که شرط به صفتی در یکی از زوجین مربوط باشد مانند این شرط که زن یا مرد از فلان قبیله باشد (حکیم، منهاج الصالحین، ۲/ ۲۹۱). قانونگذار نیز در ماه ۱۱۲۸ ق.م همدین مبنا را می‌پذیرد.

۳. شمول لاضرر بر احکام عدمی

یکی دیگر از احکامی که فقهای زیادی در لازم و ملزوم بودن آن با تأسیس فقه جدید تأکید کرده‌اند، شمول لاضرر بر احکام عدمی است (انصاری، فرائد الأصول، ۲/ ۵۳۷؛ نائینی، منیة الطالب، ۱/ ۲۹۴؛ خوانساری، رساله فی قاعدة نفی الضرر، ۲۲۱؛ صدر، ۴/ ۵۹۵). میرزای نائینی بر این استلزام به این شکل استدلال کرده‌اند: ۱. اگر تدارک هر ضرری واجب باشد، لازم می‌آید که از بیت‌المال یا از جانب اغنیاء این جبران صورت گیرد. ۲. اگر ادامه زوجیت به ضرر زن باشد باید حکم به طلاق نمود چه از جانب زوجه و

چه از جانب حاکم شرع، در حالی که طلاق فقط به ید زوج است. ۳. بدون این که نیاز به طلاق یا اعتاق باشد، زن مطلقه و برده آزاد می‌گردد زیرا حکم طلاق و اعتاق با لاضرر صادر شده است (منیة الطالب، ۱/ ۲۹۴).

در مقابل این دیدگاه برخی از فقهاء معاصر معتقدند شمول لاضرر بر احکام عدمی مستلزم تأسیس فقه جدید نیست؛ زیرا: ۱. اگر ضرر مستند به فعل انسان یا حکم شرع باشد، التزام به لزوم تدارک آن ضرر لازمه اش تأسیس فقه جدید نیست و اگر مستند به این دو نباشد مانند سیل و زلزله و ... دلیلی برای جبران خسارت از بیت‌المال وجود ندارد؛ زیرا لاضرر به امور تکوینی مرتبط نیست که با جبران خسارت آن‌ها را تصحیح کند. به طور کلی وقتی ضرر مستند به شارع یا مکلف نباشد دلیلی برای جبران از بیت‌المال وجود ندارد. ۲. در مسئله طلاق فرض‌های متعددی متصور است. فرض حضور یا غیبت زوج، فرض علم به حیات یا عدم علم به حیات زوج، فرض انفاق ولی زوج به زوجه یا عدم انفاق او، در این موارد قواعدی وجود دارد که ولی زوج یا حاکم شرعی آن را اقامه می‌کنند. در برخی از صورت‌ها قائل شدن به طلاق مانعی ندارد مانند جایی که زوجه جوان باشد و صبر کردن او مستلزم مشقت شدید باشد. ۳. این که گفته شود لازمه شمول لاضرر بر احکام عدمی یعنی برداشتن علقه زوجیت و رقیب بودن طلاق و عتاق، این لازم نیست زیرا ضرورت این را اقتضاء نمی‌کند. با این توضیح که دفع ضرر متوقف بر رفع علقه بدون دلیل نیست و وجهی برای مخالفت با نصوص وارده مبنی بر احتیاج به طلاق و اعتاق برای مطلقه شدن زن و آزاد کردن برده وجود ندارد (سبحانی، ۲/ ۱۱۳).

۴. شمول لاضرر بر احکام وضعی

برخی از فقهاء استفاده از قاعده لاضرر در احکام وضعی را منجر به تأسیس فقه جدید می‌دانند (طباطبائی قمی، مبانی منهاج الصالحین، ۳/ ۴۳۲). در حالی که شیخ انصاری بیان می‌کند: «معنای لاضرر این است که از جانب شارع حکمی که مستلزم ضرر بر شخصی باشد تشریع نشده است خواه حکم تکلیفی باشد یا وضعی» (فرائد الأصول، ۲/ ۵۳۵).

از مجموع مثال‌هایی که بیان شد معلوم می‌شود که مفهوم تأسیس فقه جدید و همچنین مصادیقی که منجر به تأسیس فقه جدید می‌شوند، محل اختلاف است؛ لذا مفهوماً و مصداقاً این محذور مورد ادعا واضح نیست.

میزان گستردگی تغییرات در احکام

پس از بیان اختلاف دیدگاه فقهاء در زمینه مصادیقی که منجر به تأسیس فقه جدید می‌گردد، باید بیان

نمود در مورد میزان تغییرات ناشی از اثبات یک حکم نیز فقها با هم اختلاف نظر دارند یا حداقل می‌توان گفت مثال‌هایی که بیان کرده‌اند میزان متفاوتی از تغییرات را به دنبال دارد.

برخی از فقها تأسیس فقه جدید را منجر به تغییرات بسیار وسیعی در احکام دانسته و بیان کرده‌اند: «قواعد و اساسی که در فقه مدنظر است، آن چیزی است که از آن تعبیر به علم اصول فقه می‌شود. چیزی که مطمئنیم به ضرورت شناخت و وقوف یافتن بر مبادی و مسائل و قواعد آن، مقدمه ایست برای ورود به علم فقه و خروج از آن قواعد مستلزم تأسیس فقه جدید است که حرام الهی را حلال و حلال الهی را حرام می‌کند (بهبهانی، ۱۴). میرزای نائینی در حول قاعده لاضرر بیان می‌کند: «اگر قاعده لاضرر ثابت کننده احکام باشد، سنگ بر روی سنگ مستقر نمی‌شود و تأسیس فقه جدید لازم می‌آید» (منیة الطالب، ۱/ ۲۹۴). در این نگاه، تأسیس فقه جدید یعنی دگرگونی کلی احکام فقهی بر خلاف دیدگاه‌هایی که تغییر چند حکم جزئی را مساوی با تأسیس فقه جدید معرفی نمودند.

در مقابل این نگاه اکثر فقها از محذور تأسیس فقه جدید در مواردی استفاده کرده‌اند که اثبات حکم در آن موارد به واقع منشاء تغییرات زیادی نخواهد. مانند کفایت رؤیت هلال ماه از طریق چشم مسلح که برخی این حکم فقهی را منجر به تأسیس فقه جدید دانسته‌اند (سبحانی، ۹۲/۳/۸). در حالی که به فرض پذیرفتن کفایت استفاده از این ابزار در طریق اثبات احکام فقهی صرفاً احکامی تغییر می‌کنند که ابزار جدید در آن دخیل هستند؛ مانند: دیدن رنگ خون با استفاده از میکروسکوپ، تشخیص وقوع زلزله با استفاده از زلزله‌سنج، حد ترخص با استفاده از دوربین. ولی بسیاری از احکام دیگر که استفاده از ابزار جدید در آن‌ها تأثیری ندارد، همچنان پابرجا هستند. مانند اکثر احکام باب صلات، صوم، حج، جهاد، قصاص و سایر ابواب فقهی.

مثال دیگری که در این زمینه وجود دارد در مورد میزان شمول روایات مرتبط به کثیرالشک در نماز از جمله روایت «إِذَا كَثُرَ عَلَيْكَ السَّهْوُ فَأَمُضِ عَلَى صَلَاتِكَ: هنگامی که شک تو در نماز زیاد شد، به نمازت ادامه بده» (کلینی، ۲۸۲/۶؛ طوسی، تهذیب، ۲/۲۴۳؛ فیض، ۸/۹۹۸). برخی از فقهای معاصر معتقدند اگر روایات مربوط به کثیرالشک شامل کثیرالنسیان نیز شود، فقه جدید لازم می‌آید زیرا به تبع این حکم باید ملتزم به سه مورد شد. ۱. اگر ناسی جزئی از نماز را فراموش کرد و در محل یادش آمد، نباید آن را به جا آورد زیرا در روایت آمده است که «فامض» ۲. اگر در محل متذکر نشده بلکه از محل تجاوز کرد اما به رکن وارد نشده باشد باید حکم به عدم بازگشت داد. ۳. اگر فهمید که تشهد را ترک کرده نباید قصا کند (سبحانی، ۹۳/۷/۲۳). ملاحظه می‌شود که به فرض شمول روایات کثیرالشک بر کثیرالنسیان تنها سه حکم فقهی تغییر می‌کند و این گونه نیست که تمامی احکام فقهی دستخوش تغییر شود.

مثال دیگر در این زمینه میزان شمول قاعده تجاوز است. میرزای نائینی در این زمینه بیان می‌کند: «اگر باب محل عادی در قاعده تجاوز باز شود، موجب تأسیس فقه جدید می‌گردد که اثری از آن در روایات نیست» (نائینی، فوائد الاصول، ۴/۶۲۷). در این مورد نیز به فرض شمول قاعده تجاوز بر تجاوز از محل عادی، تغییرات محدود به چند حکم جزئی خواهد بود.

مصادیق ادعایی منتهی به تأسیس فقه جدید

فقها در ضمن مباحث فقهی و اصول فقهی، به محذور بودن تأسیس فقه جدید به عنوان یک دلیل استناد کرده‌اند. به جهت اختصار مصادیقی که برای تبیین مفهوم تأسیس فقه جدید بیان شد تکرار نمی‌شود و سایر مصادیق نیز به صورت تیتروار اشاره می‌گردد.

۱. مصادیق فقهی

اطلاق قاعده الخراج بالضممان (طباطبائی قمی، درساتنا من الفقه الجعفری، ۴/۴۵۱). هم معنا بودن حرج با هرگونه ضیق و سختی (مکارم، القواعد الفقهیة، ۱/۱۸۱)، شمول قاعده لاضرر بر تمام ضررها (انصاری، فوائد الاصول، ۲/۴۶۵؛ حسینی، ۴۷/۱۵؛ خوانساری، جامع المدارک، ۴/۵۹۱) حکم کردن به حرمت استماع غیبت (اشرفی، ۱۳/۰۲/۹۵)، حکم به حلیت الکل صنعتی و الکل طبی (خوئی، المستند، ۳/۱۲۰). حکم کردن به صحت عقود به صرف رضایت طرفین (سبحانی، ۰۱/۰۹/۸۸)، حکم کردن به حرمت آنچه پیامبر (ص) ترک می‌کرده‌اند (صاحب جواهر، ۸/۱۵۵)، عمومیت قاعده میسور (همدانی، ۳/۸۹؛ لنکرانی، ۴۱۵). عمومیت قاعده غرور (رشتی، ۹۴)، کاربرد قرعه در مال حلال مخلوط به حرام (سیفی، ۳۰۴؛ خوئی، المستند، ۱۴۶)، دایره شمول اصاله الحل (طباطبائی قمی، مبانی منهج، ۲/۱۶۱)، ازاله نجاست از اجسام صیقلی (همدانی، ۱/۲۷۵؛ آملی، المعالم، ۱/۲۵)، تأثیر قصد مالک در مضاربه (خوئی، مصباح الفقاهه، ۴/۵۵)، تأثر آب قلیل در برخورد با نجاست (مظاهری، ۱۸/۰۹/۸۷)، تأثیر قصد صبی در غیر جزائیات (خوئی، مصباح الفقاهه، ۳/۲۵۴؛ خمینی، کتاب البیع، ۱/۲۹۴)، مفهوم ضرر (مکارم، القواعد الفقهیة، ۵/۳۹۶)، فایده معاطات (کاشف الغطاء، ۱۳۷)، حکم نماز مسافر با توجه وسائل نقلیه امروزه (بروجردی، ۲۲۹) پاک کننده بودن آتش (آملی، مصباح، ۲/۳۱۰)، پوشیدن لباس مخیط در حج (حسینی شاهرودی، ۳/۱۴۴).

۲. مصادیق اصولی

در کتاب‌های اصول فقهی نیز برخی از گزاره‌ها مستلزم فقه جدید دانسته شده است که به صورت تیتروار عبارتند از:

عدم رجوع به کلام فقها در فهم روایات (سبزواری، ۲۳/۶۴)، تمسک به عموم تعلیل ذکر شده در

روایات، عدم حجیت اجماع‌های ادعایی در کتب فقهی (سبزواری، ۱۷/۱۰)، اجزاء ماموربه ظاهری از ماموربه واقعی (عراقی، ۱/۲۵۵؛ نائینی، اجودالتقریرات، ۲/۴۷۳)، جمع عقلی روایات (تنکابنی، ۲/۹۳۹)، عدم عمل به خبر واحد مخالف با کتاب (خلخال، ۹۲/۲/۲۸)، مفهوم نداشتن شرط (حکیم، منتقى الاصول، ۳/۲۳۷)، عدم حجیت اخبار اصحاب اجماع (اشتهاردی، ۱۸/۲۱۲)، مقدم داشتن تصرف در هیئت نسبت به تصرف در ماده (خمینی، انوار الهدایه، ۲/۸۴)، نسخ آیات به ظاهر متعارض قرآن (مظاهری، ۱۷/۱۲/۸۸)، حجیت دو خبر متعارض در نفی ثالث (اشرفی، ۹۱/۱/۲۹)، شرط بودن عدم قدر متیقن در مقام تخاطب برای اطلاق کلام (خلخال، ۹۱/۷/۹).

پشتوانه‌های محذور بودن تأسیس فقه جدید

پس از ذکر مصادیق مرتبط به تأسیس فقه جدید در ادامه به بررسی پشتوانه‌های، محذور بودن تأسیس فقه جدید به عنوان یک دلیل فقهی پرداخته شده است. برای محذور بودن تأسیس فقه جدید هیچ یک از فقهایی که بدان‌ها دسترسی حاصل شد، استدلالی مطرح نکرده‌اند؛ لذا به ناچار با موشکافی اقوال فقها و کارکردهایی که این محذور در کلامشان داشته است، سعی شده استدلال گونه‌هایی برای این محذور پیدا شود و مورد نقد و بررسی قرار گیرد.

۱. تأسیس فقه جدید هم‌ردیف مخالفت با اجماع، تسالم، سیره، ارتکاز و اخبار صریحه

در برخی از کاربردهای محذور بودن تأسیس فقه جدید به عنوان یک دلیل، ارتکاب این محذور مساوی با خرق اجماع، تسالم، سیره و ارتکاز دانسته شده است.

برخی از فقه‌های معاصر پیرامون گستردگی اصل حلیت بیان کرده‌اند: «در صورت پذیرش مطلق این قاعده باید قائل به جواز هر عقد و ایقاع و سایر موضوعاتی شد که شک در صحت و فساد آن‌ها وجود دارد... این تأسیس فقه جدید است و خرق اجماع و تسالم و سیره و ارتکاز» (طباطبائی قمی، الدلائل، ۲/۱۶۱). در برخی موارد نیز تأسیس فقه جدید علاوه بر هم‌ردیف شدن با مخالفت با اجماع، با مخالفت با اخبار صریحه نیز هم‌ردیف شده است. در بحث تأثر آب قلیل از نجاسات که بحث آن گذشت تأسیس فقه جدید را هم‌ردیف با مخالفت اجماع و اخبار صریح دانسته‌اند (همان، ۱/۲۷۵).

اگر بخواهیم از این هم‌ردیفی یک استدلال فقهی، به عنوان پشتوانه محذور بودن تأسیس فقه جدید کشف کنیم، باید بگوییم: تأسیس فقه جدید مساوی با عدم اعتبار اجماع است زیرا با تأسیس فقه جدید احکام اجماعی را نیز باید بازنویسی کرد؛ در حالی که اجماع به عنوان یکی ادله اربعه به شمار آمده و کنار گذاشتن آن ممنوع است به همین دلیل تأسیس فقه جدید نیز ممنوع است.

نقد و بررسی ملازم بودم تأسیس فقه جدید با خرق اجماع

آنچه در نقد و پاسخ به این استدلال به ذهن می‌رسد، این است که اولاً: در بسیاری از مصادیق مورد ادعا، که اثبات آن‌ها مستلزم تأسیس فقه جدید دانسته شده است، حکم آن مصداق اجماعی نیست، بلکه محل اختلاف نظر فقهاست. لذا قائل شدن به آن حکم مخالفت با اجماع را در پی ندارد. ثانیاً: در حجیت اجماع بحث‌های اصولی فراوانی مطرح شده و آنچه به عنوان اجماع دارای حجیت مورد قبول برخی واقع شده، اجماع تمام قداماء که کاشف از قول معصوم باشد و مدرکی یا محتمل المدرك نباشد، مدنظر است. که این حجیت کما این که بسیاری از اصولیون گفته‌اند از لحاظ صغری (به دست آوردن قول تمام فقه‌های قبل از شیخ طوسی) و از لحاظ کبری (کشف چنین اجماعی از قول معصوم) محل اشکال است. لذا در اصل دلیل بودن اجماع اختلاف وجود دارد؛ حال چطور می‌توان تأسیس فقه جدید را به جهت منجر شدنش به مخالفت با اجماع مردود دانست. ثالثاً: ظاهر استدلال فوق دوری است؛ با این توضیح برخی از فقه‌های معاصر در پاسخ به نقد اجماعات استنادی در کتب فقهی بیان کرده‌اند: «اگر این گونه اجماعات کنار گذاشته شوند باید فقه جدیدی را شروع کنیم از اول تا آخر»^۱ (سبزواری، ۱۷/۱۰). حال استدلال اول این می‌شود که: کنار گذاشتن اجماعات استنادی در کتب فقهی منجر به تأسیس فقه جدید می‌شود (پس پشتوانه این گونه اجماعات محذور تأسیس فقه جدید است؛ لذا این اجماعات را نباید کنار گذارد تا دچار فقه جدید نشویم). استدلال دوم این می‌شود که: اگر تأسیس فقه جدید محقق شود باید اجماع‌های استنادی در کتب فقهی را کنار گذاشت (پس دلیل محذور بودن تأسیس فقه جدید منجر شدن آن به کنارگذاری این اجماعات است).

در این دو مطلب از طرفی کنار نگذاشتن اجماع‌های استنادی در کتب فقهی به دلیل محذور بودن تأسیس فقه جدید است و از طرفی دلیل محذور بودن تأسیس فقه جدید، منجر شدنش به کنار گذاشتن این اجماعات معرفی شده است. لذا علاوه بر دو ایراد اول، با توجه به دور بودن این استدلال نیز می‌توان آن را مردود دانست.

نقد و بررسی ملازم بودم تأسیس فقه جدید با مخالفت با تسالم، سیره، ارتکاز و اخبار صریحه

همان‌طور که گذشت، تأسیس فقه جدید علاوه بر هم‌ردیفی با خرق اجماع، با خرق تسالم، سیره و ارتکاز و همچنین مخالفت با اخبار صریحه، هم‌ریف دانسته شده است.

اگر بخواهیم از این هم‌ردیفی یک استدلال فقهی، به عنوان پشتوانه محذور بودن تأسیس فقه جدید کشف کنیم، باید بگوییم: تأسیس فقه جدید منجر به خرق تسالم، خرق سیره، خرق ارتکاز و همچنین

۱. برخی از فقه‌های معاصر نه تنها کنار گذاشتن اجماعات استنادی در کتب فقهی را منجر به تأسیس فقه جدید می‌دانند بلکه نتیجه کنار گذاشتن شهرت فتوایی را نیز تأسیس فقه جدید دانسته است (مظاهری، ۸۹/۱۲/۱۵).

مخالفت با اخبار صریحه می‌شود. لذا با توجه به ممنوع بودن این موارد آنچه منجر به اینها می‌شود نیز ممنوع است.

آنچه به عنوان نقد این دلیل به ذهن می‌رسد، اینکه اولاً: در بسیاری از مصادیقی که مستلزم تأسیس فقه جدید به شمار آمده‌اند، خرق هیچ یک از این موارد محقق نمی‌شود. ثانیاً: به فرض اینکه اثبات یک حکم فقهی منجر به خرق یک دلیل محکم فقهی شود؛ خود آن دلیل فقهی مانع از اثبات آن حکم می‌گردد و نیاز به استفاده از محذور بودن تأسیس فقه جدید به عنوان یک دلیل نیست. به عنوان مثال اگر بر ادعای عدم شمول قاعده لاضرر بر عدمیات، خبر صریح، یا سیره یا ارتکاز یا تسالمی وجود داشته باشد؛ خود هریک از این موارد جلوی اثبات شمول لاضرر بر عدمیات را می‌گیرند و نیاز نیست به محذور بودن تأسیس فقه جدید به عنوان یک دلیل مستقل استناد شود.

به عبارت دیگر به نظر می‌رسد، تأسیس فقه جدید، به عنوان یک دلیل مستقل در این موارد قابل استناد نیست و آنچه به عنوان پشتوانه این دلیل ممکن است مطرح شود، توان اثبات این محذور با این کلیت را ندارد، بلکه می‌تواند مانعی برای همان مصداق خاص به حساب آید.

۲. فقه جدید فقه مخالف با اقتضائات عصر معصومین

یکی از مواردی که تأسیس فقه جدید هم‌ردیف با آن استعمال شده، مخالفت با اقتضائات عصر معصومین است. این هم ردیفی در کلام آقای بروجردی در بحث نماز مسافر آمده است.

آقای بروجردی در پاسخ به این احتمال که در مفهوم اقامت در یک مکان، سفر کوتاه با زمان کم، خللی در صدق اقامت در آن شهر ایجاد نمی‌کند پاسخ می‌دهد: این که بتوان دو یا سه فرسخ را در مدت کوتاهی با وسایل نقلیه امروزی طی کرد موجب تغییر حکم شرعی نمی‌شود؛ بلکه طی مسافت مشخص اگر ضرری به صدق عنوان اقامت وارد کند مطلق است، خواه سفر به طول بیانجامد و خواه زمانش کوتاه باشد؛ اگرچه این سفر در ربعی از ساعت انجام شود و اگر ضرری به صدق اقامت وارد نمی‌کند باز هم مطلق است خواه این سفر با صرف زمان طولانی انجام شده باشد یا کوتاه. این که ما بخواهیم فرقی بین سفری که در زمان طولانی طی شده و سفری که در زمان کوتاه طی شده قائل شویم، متناسب با ذوق فقهی نیست. اگر بخواهد مدت زمان سفر بر حکم تأثیر بگذارد منجر به تأسیس فقه جدید در بحث نماز مسافر خواهد شد (بروجردی، ۲۲۹). وی در ادامه بیان می‌کند: «مقدار مسافت شرعی، یعنی ۸ فرسخ، زمانی بوده که یک روز به طول می‌انجامیده و طی کردن این مسافت مستلزم صرف زمان طولانی و موجب مشقت شدید بوده است، در حالی که طی آن با وسایل امروزی ممکن است نیم ساعت طول بکشد و بدون هیچ‌گونه سختی باشد.» وی تغییرات فقهی که در اثر ملاک قرار دادن زمان سفر برای حد شرعی ممکن است به وجود آید را

این‌گونه آورده است: «اگر بنا بر مقتضیات زمان فعلی باشد، لازم می‌آید حدود معینه در باب سفر تغییر کند و مسافتی که یک روز به طول می‌انجامد میزان قرار گیرد که مثلاً صد فرسخ است. در حالی که کسی قائل به این نیست. از اینجا آشکار می‌شود که آنچه در این امور معتبر است، اقتضانات زمان ما نیست بلکه لازم است هرکس خودش را در عصری که اخبار از ائمه اظهار صادر شده فرض کند و مشخص است که در آن زمان طی دو فرسخ متوقف بر آماده کردن اسباب سفر حمل توشه و صرف زمان قابل توجهی بوده است» (همو، ۲۲۹).

اگر بخواهیم از این عبارات یک استدلال بر محذور بودن تأسیس فقه جدید استخراج کنیم باید بگوییم: در نظر گرفتن اقتضانات عصر معصومین در استنباط فقهی لازم است چرا که اگر اقتضانات عصر معصومین در استنباط احکام مورد توجه قرار نگیرد، منجر به تأسیس فقه جدید می‌شود، لذا با توجه به ممنوع بودن تأسیس فقه جدید، باید اقتضانات عصر معصومین را در استنباط فقهی مورد توجه قرار دهیم تا مرتکب این محذور نشویم.

نقد و بررسی

اولاً: بسیاری از مصادیقی که اثبات آن‌ها منجر به تأسیس فقه جدید دانسته شده، مخالفتی با اقتضانات عصر معصومین ندارد. ثانیاً: این استدلال بر محذور بودن تأسیس فقه جدید، بر مبنای پذیرش تمامی اقتضانات عصر معصومین بنا شده است. در حالی که شاید بتوان گفت تغییر اقتضانات زمان می‌تواند منجر به تغییر موضوعات و تغییر احکام شود کما اینکه موضوع شطرنج‌بازی کردن در عصر معصومین با اقتضانات آن عصر دارای حکمی بوده و در حال حاضر با توجه به اقتضانات زمان ما تغییری کرده است. یا در بحث رؤیت هلال، عصر معصومین دارای اقتضاناتی بوده و اکنون با توجه به ابزار جدید، دارای اقتضاناتی است.

بنابراین شاید بتوان گفت چه در بحث نماز مسافر و چه در سایر مباحث فقهی، تغییر اقتضانات عصر معصومین تا عصر حاضر می‌تواند منجر به تغییراتی در موضوعات و احکام شرعی شود. پس اگر ادله فقهی در باب خاصی قابلیت ایجاد تغییر در احکام را دارند، تأسیس فقه جدید در آن باب دارای منع خاصی به نظر نمی‌رسد و می‌تواند محذور به حساب نیاید.

۳. تأسیس فقه جدید مخالف با روح تعبد

برخی از فقهای معاصر تأسیس فقه جدید را ناشی از نداشتن روح تعبد در تعبدیات و چون و چرا کردن در این مسائل می‌دانند. به عبارت دیگر معتقدند اگر فرد در تعبدیات چون و چرا کند نتیجه‌اش تأسیس فقه جدید است. مظاهری در درس خارج فقه خود این مطلب را این‌گونه بیان می‌کند: «حالا اینجا مراد است که این وجوب قضاء الصوم دون الصلوه دیگر یک تعبد است و ما در مقابل تعبد نباید چون و چرا بکنیم و

یک تقاضا هم از شما دارم این که مواظب باشید در تعبدیات چرا چرا نگوید، چرا چرا نشنود اگر از شما چرا چرا گفتند که الان غالبش از بهایی هاست ایجاد شبهه می کنند از شما می پرسند راجع به تعبدیات چرا؟ جوابش این است که امام صادق علیه السلام فرموده، دیگر وقتی ایشان فرموده دیگر باید عمل بکنیم جوابش دیگر همین است غیر از این جواب ندارد... حضرت ابراهیم آن همه مقام را پیدا کرد برای این جمله «اذ قال له ربه اسلم قال اسلمت لله رب العالمین» این «اسلمت» اینجا همان بود که گفت برو سر بچه ات را ببر و آمد این کار را هم کرد و بعد هم خطاب شد قد صدقت الرؤیا مشکل است اما برای ما طلبه ها خیلی لازم است خیلی واجب است انسان اگر این روح تسلیم را نداشته باشد یک فقه جدید جلو می آید (مظاهری، ۸۹/۸/۱). با توجه به بیان وی، اگر فرد روح تعبد داشته باشد، چون و چرا در تعبدیات پیش نمی آید و به تبع آن فقه جدید لازم نمی آید.

نقد و بررسی

در تحلیل این قول می توان گفت: چون و چرا کردن در تعبدیات ممکن است با روح تعبد در تعارض باشد؛ اما رابطه نداشتن روح تعبد و تأسیس فقه جدید، خیلی آشکار نیست. به عبارت دیگر ممکن است فرد در تعبدیات چون و چرا کند اما شیوه استنباط فقهی اش شبیه دیگران باشد.

اما اگر به طور کلی گفته شود روح تعبد مساوی با چون و چرا نکردن و پیروی از احکامی است که فقها در طول اعصار بیان فرموده اند، ارتباط این دو مفهوم نیز قطعی نیست. چه بسا فقیهان متعبدی مانند ملامحسن فیض کاشانی که ادله بدون اعتبار فقهی مانند شهرت را نمی پذیرند ولی این می تواند ناشی از روح تعبد آنان باشد؛ چرا که وقتی معتبر نبودن دلیلی بر ایشان اثبات گردید، بر اساس آن حکم نمی دهند هر چند که فتوایشان مخالف مشهور باشد.

۴. فقه جدید هم ردیف با فقه بدون اصول فقه

محمد یثربی در مقدمه ای که بر تحقیق حاشیه مجمع الفائده و البرهان اثر وحید بهبهانی آورده است، بیان می کند: «قواعد و اساسی که در فقه مدنظر است، آن چیزی است که از آن تعبیر به علم اصول فقه می شود. چیزی که مطمئنیم به ضرورت شناخت و وقوف یافتن بر مبادی و مسائل و قواعد آن، و اینکه مقدمه ای است برای ورود به علم فقه و خروج از آن قواعد مستلزم تأسیس فقه جدید است که حرام الهی را حلال و حلال الهی را حرام می کند (اردبیلی، ۱۴).

از این مطلب می توان به عنوان یکی از ادله محذور بودن تأسیس فقه جدید استفاده کرد. با این توضیح که باید قواعد اصولی شناخته و به کار گرفته شود تا فقه به صورت فعلی آن باقی بماند. در صورت عدم استفاده از این قواعد با فقه جدیدی روبرو هستیم که حلال الهی را حرام و حرام الهی را حلال می کند که بدیهی البطلان است.

نقد و بررسی

در بررسی این دیدگاه به ذهن می‌رسد که اولاً قواعد اصولی، قواعد مسلم و ثابتی نیستند که نتوان در مورد آن‌ها بحث کرد و حتی نتوان آن‌ها را رد کرد، کما این که کتب اصول فقهی سرشار از چنین مباحث ورد و قبول‌هایی است و برخی یک قاعده مانند مفهوم داشتن شرط را می‌پذیرند و برخی نمی‌پذیرند. لذا این که گفته شود خروج از قواعد اصولی منجر به تأسیس فقه جدید می‌شود اولاً دارای ابهام است؛ زیرا هر شکلی از استنباط خود مبتنی بر اصولی است؛ مثلاً فقهی که حجیت خبر واحد را نمی‌پذیرد و حکم فقهی متفاوت با قائلین به حجیت خبر واحد صادر می‌کند را نمی‌توان بی‌بهره از قواعد اصول فقهی دانست؛ بلکه باید گفت دارای اصول فقهی متفاوت از دیگری یا دیگران است.

به علاوه، این که استفاده از قواعد اصولی متفاوت منجر به حلال کردن حرام الهی و حرام کردن حلال الهی شود، پذیرفته نیست؛ زیرا تشخیص حلال و حرام الهی در گرو شناخت قواعد اصولی صحیح است و اگر حلال و حرام الهی مشخص بود دیگر نیازی به استفاده از قواعد اصول فقهی نبود. پس می‌توان گفت باید با دلیل و حجت گزاره‌های اصول فقهی را پذیرفت و بر اساس آن فقه را پی‌ریزی کرد حتی اگر فقهی متفاوت با فقه جاری باشد؛ در این صورت نتیجه‌ای که از استفاده قواعد اصولی به دست می‌آید تعیین‌کننده حلال و حرام الهی خواهد بود.

۵. فقه جدید هم‌ردیف با مخالفت با سلف سابق

برخی از فقهای معاصر در بحث اجزاء، فقه جدید را هم‌ردیف با ایستادن در مقابل سلف سابق و داشتن فقهی متفاوت با فقه سنتی دانسته‌اند (مظاهری، ۸/۲/۸۸).

نقد و بررسی

اینکه مخالفت با فقهای گذشته امر ممنوعی باشد، یا من باب مخالفت با اجماع است که بحث آن گذشت، و یا مخالفت با نظر مشهور فقهای گذشته است. در مباحث گذشته بیان شد که مخالفت با اجماع نیز می‌تواند بدون ایراد باشد تا چه رسد به مخالفت با شهرت. اما اینکه داشتن فقه متفاوت از فقه سنتی ممنوع باشد، باز هم در قالب مخالفت با اجماع یا شهرت قابل طرح است و بحث جدیدی ندارد.

۶. فقه جدید هم‌ردیف با مخالفت با ضرورت مذهب

ممکن است یکی از ادله محذور بودن تأسیس فقه جدید، مخالفت با ضروریات مذهب باشد. بدین معنا که اگر برخی از گزاره‌های فقهی یا اصولی اثبات شوند منجر به تفاوت احکام در موارد مشابه می‌گردند که آن احکام از ضروریات مذهب به حساب می‌آید. به عنوان مثال: سید یزدی در استدلال به بدون اشکال بودن دریافت خسارت در عقد بیمه بیان می‌کند: «چون هردو طرف راضی هستند؛ لذا با وجود این که عقد بیمه فاسد است اما طرفین می‌توانند مبلغ تعیین شده را دریافت کنند زیرا با رضایت چنین تعهدی را

پذیرفته‌اند (طباطبایی یزدی، سوال و جواب، ۱/ ۱۸۸). در پاسخ به این استدلال برخی از فقهاء بیان کرده‌اند: «اگر صرف رضایت طرفین برای صحت تعهد و دریافت مال کافی باشد، منجر به تأسیس فقه جدید می‌شود و لذا باید قمار و ربا و... را نیز صحیح بدانیم.

با توجه به مطلب فوق می‌توان گفت: دلیل محذور بودن تأسیس فقه جدید، مخالفت با ضروریات مذهب از جمله حرمت ربا و عدم مالکیت مال ناشی از قمار و... است.

نقد و بررسی

در پاسخ به این استدلال می‌توان گفت اولاً این شکل استدلال قیاسی است. علاوه بر این به فرض صحت تعهد و تملک ناشی از عقد بیمه با استناد به کفایت رضایت طرفین، بازهم دریافت مال در عقد ربوی و همچنین قمار صحیح نخواهند بود؛ زیرا در مورد بطلان عقد ربوی و دریافت مال از این طریق و همچنین در مورد قمار در میان آیات و روایات دلیل خاص وجود دارد.

بنابراین چه در این مورد و چه در مصادیق دیگری که در صفحات قبل بیان شد، که فقهی اثبات حکم در مورد الف را مساوی با اثبات احکام دیگری که ضروری البطلان هستند، دانسته و لذا اثبات حکم الف را مستلزم تأسیس فقه جدید به شمار آورده، می‌تواند بیان کرد: ممکن است الف دارای دلیل خاص نیست و لذا شاید بتوان در مورد آن حکمی را صادر کرد، اما سایر موارد مشابه دارای دلیل خاص هستند و نمی‌توانند حکم الف را داشته باشند.

۷. تنقیح مناط پشتوانه محذور تأسیس فقه جدید

یکی از احتمالاتی که به عنوان پشتوانه برای محذور بودن تأسیس فقه جدید می‌توان بیان کرد این است که فقها به دلیل تنقیح مناط یک حکم فقهی را رد کرده‌اند و اثبات آن را منجر به تأسیس فقه جدید دانسته‌اند. به عنوان مثال وقتی فقهی در مسئله رؤیت هلال ماه از طریق چشم مسلح، حکم به عدم کفایت این رؤیت می‌کند، و فتوای برخی که این رویت را کافی می‌دانند مستلزم تأسیس فقه جدید می‌داند در واقع با تنقیح مناط از موارد مشابه به این حکم و این استلزام رسیده است. با این توضیح که مثلاً در مسئله عدم نجاست قطره خون شسته شده‌ای که رنگ آن باقی مانده، ملاک حکم نگاه عرفی و رؤیت با چشم غیرمسلح است با تنقیح مناط از این حکم فقهی می‌توان به این نتیجه رسید که استفاده از ابزار روز مانند میکروسکوپ برای دیدن موضوعاتی که تأثیر بر حکم فقهی دارند کفایت نمی‌کند. همین ملاک را در موارد مشابهی مانند رؤیت هلال با تلسکوپ و یا حد ترخص با دوربین و... باید به کار بست. حال اگر این ملاک حکم (رؤیت با چشم غیرمسلح) بخواهد کنار گذاشته شود در سایر احکام نیز تغییراتی به وجود می‌آید. این تغییرات در برخی از احکام مانند رؤیت هلال با چشم مسلح به جهت اینکه دلیل فقهی به عنوان

پشتوانه ندارد ممکن است قابل پذیرش به نظر آید ولی با توجه به ملاک واحد موجود بین رؤیت هلال با تلسکوپ و رؤیت نجاست با میکروسکوپ باید حکم یکسان در موردشان صادر نمود. در واقع این عدم تشابه در حکم موضوعات مشابه است که منجر به تأسیس فقه جدید می شود. یعنی موضوعات مشابهی که احکام متفاوتی دارند.

نقد و بررسی

در پاسخ به این استدلال احتمالی، می توان بیان کرد، اولاً: یا هر دو حکم به واقع ملاک و مناط یکسان دارند، که در این صورت ایرادی در تساوی حکم هر دو وجود ندارد، یعنی اگر با دلیلی اثبات شود که رؤیت با چشم مسلح کافیت، و اگر ملاک حکم در این مصداق، در رویت خون با میکروسکوپ نیز وجود دارد، و دلیل خاصی در مورد رؤیت با میکروسکوپ نداریم، می توان حکم رؤیت هلال را به حکم رؤیت خون سرایت داد. اما همان طور که گذشت در اکثر این گونه احکام دلیل خاص مانع از این سرایت می شود، به عنوان مثال در مصداق رؤیت خون، دلیل خاص وجود دارد که اگر خون شسته شود و تنها رنگ آن بر لباس باقی باشد، به رنگ آن نباید اعتنا نمود، اما در مورد رؤیت هلال چنین دلیل خاصی وجود ندارد و ممکن است فقیهی با دلیل خاصی مدعی شود رؤیت هلال با چشم مسلح کافیت. که در این صورت بر قضیه رؤیت هلال با توجه به دلیل خاص خودش حکم می کنیم و بر قضیه رؤیت خون با دلیل خاص خودش.

ثانیاً: اینکه بتوان با این گونه شباهت ها، حکم به یکسانی حکم داد، بیشتر شبیه به قیاس است تا تنقیح مناط. چرا که چه بسا مفسده ای که در نجاست خون است، با رفع جرم ظاهری آن از بین می رود و مقدار اندک رنگ آن، مفسده ای ندارد، یا از مقدار اندک رنگ آن، شارع به جهت مشقت در از بین بردن آن گذشته است. اما چنین ملاک یا مشقتی در رویت هلال با چشم مسلح نیست و چه بسا رؤیت با چشم مسلح آسان تر و دقیق تر باشد. روایت ابان بن تغلب از امام صادق (ع) نیز شاهی بر این مطلب می تواند باشد. ابان ابن تغلب از امام صادق (ع) نقل می کند: «دین خدا را نمی توان قیاس کرد، آیا نمی بینی زن حائض روزه اش را قضا می کند و نمازش را قضا نمی کند، ای ابان اگر احکام اسلامی قیاس شود دین از بین می رود (کلینی، ۵۷/۱).

ثالثاً: در شرع موارد بسیاری وجود دارد که شباهت ظاهری دارند اما حکمشان متفاوت است. تا حدی که برخی از فقها بیان کرده اند، بنای شرع فرق گذاشتن بین حکم مصادیق مشابه است (علامه حلی، قواعد، ۴۵۹/۱؛ کرکی، ۳/۳۱۱؛ عاملی، ۲/۴۳۳؛ بحرانی، ۱۵/۲۴۱؛ صاحب جواهر، ۳۹/۲۶۰؛ روحانی، ۲۴/۲۸۷).

نتیجه‌گیری

آنچه از مجموع مطالب و در پاسخ به سؤال اصلی این پژوهش می‌توان بیان کرد عبارتند از:

۱- اولین کتاب فقهی که از تأسیس فقه جدید به عنوان یک محذور در استدلال فقهی استفاده کرده است، جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام اثر محمد حسن نجفی است. در هیچ‌یک از کتب فقهی تعریفی از فقه جدید، یا تأسیس فقه جدید ارائه نشده است. عبارت تأسیس فقه جدید در کلام فقها، به نوعی با این عبارات هم‌ردیف شده است: داشتن نظر خلاف اجماع یا شاذ، تغییر احکام ثابت شده تا حال، ایجاد هرج و مرج و بی‌نظمی. این که اثبات حکم خاصی منجر تأسیس فقه جدید می‌شود یا خیر، در میان فقها محل اختلاف است. همچنین در مورد اینکه اثبات حکمی چه میزان تغییر در سایر احکام را به دنبال دارد نیز، با توجه مصادیق مطرح شده، متفاوت است.

۲. در کلام فقها هیچ دلیلی به عنوان پشتوانه محذور بودن تأسیس فقه جدید ارائه نشده است. به ناچار با استفاده از عبارات هم‌ردیف تأسیس فقه جدید در کتب فقهی به عنوان ادله احتمالی، سعی در بیان پشتوانه‌های این محذور شده است. در مجموع این پشتوانه‌های احتمالی ۷ مورد است که به صورت تیتروار عبارتند از: ۱. تأسیس فقه جدید هم‌ردیف مخالفت با اجماع، تسالم، سیره، ارتکاز و اخبار صریحه؛ ۲. فقه جدید فقه مخالف با اقتضائات عصر معصومین؛ ۳. تأسیس فقه جدید مخالف با روح تعبد؛ ۴. فقه جدید هم‌ردیف با فقه بدون اصول فقه؛ ۵. فقه جدید هم‌ردیف با مخالفت با سلف سابق؛ ۶. فقه جدید هم‌ردیف با مخالفت با ضرورت مذهب؛ ۷. تنقیح مناط پشتوانه محذور تأسیس فقه جدید. با توجه به اینکه تمام این ادله پاسخ گفته شده‌اند، می‌توان بیان کرد محذور بودن تأسیس فقه جدید، پشتوانه‌ای ندارد. علاوه بر این باید گفت مصادیق مورد ادعا، به واقع فقه جدیدی را رقم نخواهند زد، چرا که در اکثر این مصادیق، با وجود اینکه فقیهی ادعا نموده اگر فلان حکم ثابت شود منجر به تأسیس فقه جدید خواهد شد، در حالی که فقیه دیگری همان حکم را ثابت دانسته و دارای فقهی متفاوت نسبت به دیگران نیست.

۳- باتوجه به کاربرد عبارت فقه جدید در کلام فقها، این مفهوم مخالفتی با فقه سنتی که مبتنی بر اصول فقه محکم و مستدل باشد ندارد. چراکه فقه جدید به معنای فقه مخالف با ادله نیست، برعکس در خیلی از موارد به معنی فقه مطابق با ادله قوی فقهی و اصول فقهی است؛ کما اینکه برخی از فقها فتوا دادن بر خلاف مشهور را مستلزم تأسیس فقه جدید دانسته‌اند در حالی که در کتب اصولی عدم حجیت شهرت فتوایی اثبات شده است، لذا ممکن است فقیهی با همان فقه سنتی و مستند به ادله فقهی برخلاف مشهور فتوا دهد و این به معنی کنار گذاشتن فقه سنتی نیست. پس باید گفت: فقه جدید به معنای جا به جا کردن حلال و حرام الهی نیست، بلکه به معنی کشف درست آن است.

۴- تأسیس فقه جدید فی نفسه محذور نیست، البته ممکن است ادله‌ای بر نفی یا اثبات حکمی به طور مستقل وجود داشته باشد که در واقع آن ادله رد یا قبول حکمی را تعیین می‌کنند ولی به صرف اینکه از رد یا قبول یک حکم تأسیس فقه جدید لازم می‌آید نمی‌توان حکمی را رد یا اثبات نمود. لذا هر کجا دلیلی بر خلاف حکم فقهی مشهور یا حتی اجماعی وجود داشته باشد، باید ادعای تأسیس فقه جدید به عنوان یک محذور را کنار گذارد؛ مانند رؤیت هلال با چشم مسلح، شمول لاضرر بر عدمیات و ... که اگر دلیلی بر اثباتشان باشد باید بر طبق آن حکم نمود حتی اگر مستلزم تأسیس فقه جدید باشد. پس محذور بودن تأسیس فقه جدید دلیل مستقلی برای اثبات یا نفی حکم نمی‌تواند محسوب شود.

منابع

- آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین، *کفایة الأصول*، قم، مؤسسة آل البيت عليهم السلام، ۱۴۰۹ ق.
- آملی، محمد تقی، *مصباح الهمدی فی شرح العروة الوثقی*، تهران، مؤلف، ۱۳۸۰.
- آملی، هاشم، *المعالم المأثورة*، قم، مؤلف الكتاب، ۱۴۰۶ ق.
- ابن ادریس حلی، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
- اردبیلی، احمد بن محمد، *مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ ق.
- اشتهاردی، علی پناه، *مدارک العروة*، تهران، دار الأسوة للطباعة و النشر، ۱۴۱۷ ق.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین، *فرائد الأصول*، قم، موسسه النشر الاسلامی، ۱۳۷۵.
- _____، مکاسب، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ ق.
- بدری، تحسین، *معجم مفردات، أصول الفقه المقارن*، تهران، المشرق للثقافة و النشر، ۱۴۲۸ ق.
- برقی، احمد بن محمد، *المحاسن*، قم، دار الکتب الإسلامية، ۱۳۷۱.
- بروجردی، حسین، *البدر الزاهر فی صلاة الجمعة و المسافر*، قم، دفتر حضرت آية الله بروجردی، ۱۴۱۶ ق.
- بستانی، فؤاد افرام، *فرهنگ ابجدی*، تهران، اسلامی، ۱۳۷۵.
- بهبهانی، محمد باقر، *حاشیة مجمع الفائدة و البرهان*، قم، مؤسسة العلامة، ۱۴۱۷ ق.
- تنکابنی، محمد، *ایضاح الفرائد*، تهران، مطبعة الاسلامیه، بی تا.
- حر عاملی، محمد بن حسن، *الفوائد الطوسية*، قم، المطبعة العلمية، ۱۴۰۳ ق.
- _____، *تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة*، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، ۱۴۰۹ ق.
- حسینی شاهرودی، محمود بن علی، *الحج*، قم، مؤسسه انصاریان، بی تا.
- حسینی شیرازی، محمد، *ایضال الطالب إلى المكاسب*، تهران، منشورات اعلمی، بی تا.

شماره ۱۲۱	فقه و اصول	۷۰
	حکیم، عبدالصاحب، <i>منتقى الاصول</i> ، قم، دفتر آیت الله سید محمد حسینی روحانی، ۱۴۱۸ ق.	
	حکیم، محسن طباطبایی، <i>منهاج الصالحین</i> ، بیروت، دار التعارف للمطبوعات، ۱۴۱۰ ق.	
	خمینی، روح الله، <i>انوار الهدایة فی التعليقة على الکفایة</i> ، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، ۱۴۱۵ ق.	
	خمینی، مصطفی، <i>کتاب البیع</i> ، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره، ۱۴۱۸ ق.	
	خوانساری، احمد بن یوسف، <i>جامع المدارک فی شرح مختصر النافع</i> ، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۵ ق.	
	خوانساری، موسی بن محمد، <i>رسالة فی قاعدة نفی الضرر</i> ، تهران، المكتبة المحمدية، ۱۳۷۳.	
	خوئی، ابوالقاسم، <i>المستند فی شرح العروة الوثقی</i> ، قم، دارالهادی، ۱۴۱۰ ق.	
	_____، <i>مصباح الأصول</i> ، قم، مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی، بی تا.	
	_____، <i>مصباح الفقاهة</i> ، قم، انصاریان، ۱۴۱۷ ق.	
	رشتی گیلائی، حبیب الله، <i>الغصب</i> ، قم، مؤسسه تحقیقات و نشر معارف اهل البيت (ع)، بی تا.	
	روحانی، محمد، <i>المرتقى الى الفقه الارقى</i> ، تهران، مؤسسة الجلیل للتحقیقات الثقافية، ۱۴۱۳ ق.	
	سبحانی تبریزی، جعفر، <i>الرسائل الأربع</i> ، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۱۵ ق.	
	سبزواری، عبد الأعلى، <i>مهذب الأحكام فی بیان الحلال والحرام</i> ، قم، مؤسسه المنار، ۱۴۱۳ ق.	
	سیفی مازندرانی، علی اکبر، <i>دلیل تحریر الوسیلة</i> ، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره، ۱۴۱۷ ق.	
	شبییری زنجانى، سید موسی، <i>کتاب نکاح</i> ، قم، مؤسسه پژوهشی رای پرداز، ۱۴۱۹ ق.	
	شهید اول، محمد بن مکی، <i>الدروس الشرعية فی فقه الإمامية</i> ، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.	
	شهید ثانی، زین الدین بن علی، <i>مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام</i> ، قم، مؤسسة المعارف الإسلامية، ۱۴۱۳ ق.	
	صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، <i>جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام</i> ، لبنان، دار إحياء التراث العربی، بیروت، ۱۴۳۰ ق.	
	صدر، محمد باقر، <i>مباحث الأصول</i> ، قم، مقرر، ۱۴۰۸ ق.	
	صینی، اسماعیل محمود، <i>المکنز العربی المعاصر</i> ، بیروت، مكتبة لبنان ناشرون، ۱۴۱۴ ق.	
	طباطبایی قمی، تقی، <i>الدلائل فی شرح منتخب المسائل</i> ، قم، کتابفروشی محلاتی، ۱۴۲۳ ق.	
	_____، <i>دراساتنا من الفقه الجعفری</i> ، مطبعة الخيام، قم، ۱۴۰۰ ق.	
	_____، <i>مبانی منهاج الصالحین</i> ، قم، منشورات قلم الشرق، ۱۴۲۶ ق.	
	_____، <i>المبسوط فی فقه الإمامية</i> ، تهران، المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية ۱۳۸۷ ق.	
	_____، <i>تهذيب الأحكام</i> ، تهران، دار الكتب الإسلامية، ۱۴۰۷ ق.	
	عاملی، جواد بن محمد، <i>مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة</i> ، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ ق.	

- عراقی، ضیاء الدین، *نهایة الأفكار*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، بی تا.
- عروسی حویزی، عبد علی بن جمعه، *تفسیر نور الثقلین*، قم، انتشارات اسماعیلیان، ۱۴۱۵ ق.
- علامه حلّی، حسن بن یوسف، *قواعد الأحکام فی معرفة الحلال و الحرام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
- _____، *نهج الحق و كشف الصدق*، بیروت، دار الكتاب اللبنانی، ۱۹۸۲ م.
- فیض کاشانی، محمد محسن بن شاه مرتضی، *الوافی*، اصفهان، کتابخانه امام امیر المؤمنین علی علیه السلام، ۱۴۰۶ ق.
- قرشی، علی اکبر، *قاموس قرآن*، تهران، دار الكتب الاسلامیه، ۱۳۷۱.
- کاشف الغطاء، جعفر، *شرح الشيخ جعفر علی قواعد العلامة ابن المطهر*، مؤسسه کاشف الغطاء - الذخائر، ۱۴۲۰ ق.
- کرکی، علی بن حسین، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ۱۴۱۴ ق.
- کلینی، محمد بن یعقوب، *الکافی*، قم، دار الحديث للطباعة و النشر، ۱۴۲۹ ق.
- محقق داماد، محمد، *المحاضرات*، مبارک اصفهان، بی تا.
- مدنی، علی خان، *الطراز الأول و الكنز لما علیه من لغة العرب المعول*، مشهد، مؤسسه آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث، ۱۳۸۴.
- مفید، محمد بن محمد، *الإختصاص*، محقق: غفاری، علی اکبر و محرمی زرنندی، محمود، قم، المؤتمر العالمی لالقیة الشيخ المفید، ۱۴۱۳ ق.
- مکارم شیرازی، ناصر، *القواعد الفقهية*، قم، مدرسه امام امیر المؤمنین علیه السلام، ۱۴۱۱ ق.
- _____، *النکاح*، قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، ۱۴۲۴ ق.
- موحدی لنکرانی، محمد فاضل، *تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسيلة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ ق.
- مهنا، عبد الله علی، *لسان اللسان تهذیب لسان العرب*، بیروت، دار الكتب العلمیه، ۱۴۱۳ ق.
- نائینی، محمد حسین، *أجود التقريرات*، قم، مطبعة العرفان، بی تا.
- _____، *منية الطالب فی حاشية المكاسب*، تهران، المكتبة المحمدية، ۱۳۷۳.
- همدانی، آقا رضا بن محمد هادی، *مصباح الفقيه*، قم، مؤسسه الجعفریة لاحیاء التراث و مؤسسه النشر الإسلامی، ۱۴۱۶ ق.
- یزدی، محمد کاظم طباطبایی، *العروة الوثقی فیما تعم به البلوی*، بیروت، مؤسسه الأعلمی للمطبوعات، ۱۴۰۹ ق.
- _____، *سؤال و جواب*، تهران، مرکز نشر العلوم الإسلامی، ۱۴۱۵ ق.

سایت ها:

اشرفی، (۱۳۹۶/۵/۱۶)، درس خارج اصول

<http://eshia.ir/Feqh/Archive/text/ashrafi/>

اشرفی، (۹۶/۵/۱۷)، درس خارج فقه

<http://www.eshia.ir/Feqh/Archive/text/ashrafi/>

خلخالی، (۱۳۹۶/۵/۱۶)، درس خارج اصول

<http://www.eshia.ir/Feqh/Archive/text/khalkhali/>

سبحانی، (۹۶/۵/۱۴)، مبحث قواعد فقهیه درس خارج

<http://eshia.ir/Feqh/Archive/text/sobhani/>

سبحانی، (۹۶/۵/۲۰)، درس خارج فقه

<http://www.eshia.ir/Feqh/Archive/text/sobhani/>

شبییری، سید رضا (۹۶/۵/۱۳)، درس خارج فقه

<http://eshia.ir/Feqh/Archive/text/shobeiry/>

مظاهری، (۹۶/۵/۲۳)، درس خارج اصول

<http://eshia.ir/Feqh/Archive/text/mazaheri/>

مظاهری، درس خارج فقه

<http://www.eshia.ir/Feqh/Archive/text/>



بررسی امکان اشتراط ضمان امین در قرارداد مضاربه و عقود مشارکتی بانکی از منظر حقوقی و فقهی (امامیه و عامه)*

دکتر صدیقه سادات فقیه^۱

استادیار دانشگاه پیام نور تهران

Email: faqih.sedique@gmail.com

دکتر حسین ناصری مقدم

استاد دانشگاه فردوسی مشهد

Email: naseri1962@um.ac.ir

دکتر علی اصغر ابوالحسنی

دانشیار دانشگاه پیام نور تهران

Email: abolhasani2003@yahoo.com

چکیده

از منظر فقه مدنی، «امین» جز در صورت تعدی یا تفریط، ضامن هیچ گونه خسارتی نیست. اما آیا می‌توان با شرط ضمن عقد، امین را حتی در صورت عدم افراط و تفریط، ضامن دانست؟ این مسئله از مسائل اختلافی و مسبوق به پیشینه در فقه اسلامی است و جنبه‌ای که آن را روزآمد می‌سازد، تحلیل این مسئله در «عقود مشارکتی بانکی از جمله قرارداد مضاربه» است. اکثریت قریب به اتفاق فقیهان شیعه و اهل سنت، اشتراط ضمان امین را به صورت «شرط نتیجه» به دلیل مخالفت با اقتضای ذات عقد و نیز منافات با اقتضای امانت، مالکیت و نیابت عقد مضاربه، «باطل و مبطل» می‌دانند. اندکی که به صحت «شرط فعل ضمان»، فتوا داده‌اند، شرط مذکور را «وعدده‌ای» به حساب آورده‌اند که صرفاً موجب «حکم تکلیفی محض» بوده و قابلیت ایجاد «حکم وضعی ضمان» را ندارد. به نظر می‌رسد مستندات قائلان به صحت شرط مزبور، از اتقان برخوردار نیستند و مستندات مخالفان مانند اطلاق «صحیحة محمد بن قیس» که اشتراط ضمان تاجر را عامل «انقلاب ماهیت» مضاربه به عقد قرض ربوی معرفی می‌کند، راجح‌اند. هر چند قانون‌گذار ایران نیز، همین دیدگاه را در ماده ۵۵۸ قانون مدنی پذیرفته است اما ماده ۱۲ دستورالعمل اجرایی قانون بانکداری بدون ربا مصوب ۶۲، ضمان امین را تجویز نموده است که نیازمند اصلاح است. این تحقیق بر اساس روش توصیفی و تحلیلی و بهره‌گیری از ابزار گردآوری اسنادی سامان یافته است. رویکرد اصلی مقاله، فقهی است ولی به جهت نیاز به تحلیل قوانین مرتبط کشور، مسئله از منظر حقوقی نیز مورد واکاوی قرار گرفته است.

کلیدواژه‌ها: شرط ضمان امین، عقود مشارکتی بانکی، عقد مضاربه، ماده ۵۵۸ قانون مدنی.

*. مقاله پژوهشی؛ تاریخ وصول: ۱۳۹۶/۰۴/۱۲؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۷/۰۵/۱۰.

۱. نویسنده مسئول

Investigating the Possibility of Stipulation of the Trustee's Liability in the Mudarabah Contract and Banking Profit and Loss Sharing Contracts from a Legal and Jurisprudential Perspective (Imamia and Sunni)

Sedique Sadat Faqih, Ph.D. Assistant Professor, Payame Nour University of Tehran (corresponding author)

Hossein Naseri Moghaddam, Ph.D. Professor, Ferdowsi University of Mashhad

Ali Asghar Abolhasani, Ph.D. Associate Professor, Payame Nour University of Tehran

Abstract

From the perspective of civil jurisprudence, the trustee is not liable for any damages unless in case of excessive use or failure of due care. However, a question arises whether a trustee may be liable, by inserting a condition, even in the absence of excessive use or failure of due care? This is a controversial precedented issue in the Islamic jurisprudence and the aspect which makes it up-to-date is its analysis in “banking profit and loss sharing contracts including Mudarabah”. The vast majority of Shiite and Sunni jurists consider the stipulation of the trustee’s liability in the form of a “corollary condition” as “null and void and invalidating” due to its being against the requirements of contract and its contradiction with the requirements of trust, ownership and representation of Mudarabah. The few jurists, under whose fatwa liability in the form of condition about performance is valid, consider this condition as a promise which merely creates a “pure imperative rule” and is not capable of creating “the positive rule of liability”. It appears that the evidence of those who consider this condition as valid are not convincing and the evidence of opponents such as the absoluteness of “Sahiha of Mohammad ibn Ghais” which declares the stipulation of merchant’s liability as the cause of the “transformation of Mudaraba nature” into usurious loan, are preferable. Although the Iranian legislator has also accepted this opinion in article 558 of the Civil Code, article 12 of the Executive Directive of Usury-Free Banking Act passed in 1984, has permitted the trustee's liability which needs amendment. This research is based on a descriptive-analytical method and the use of documentary collection tools. The main approach of this paper is jurisprudential; however, given the need to analyze the relevant Iranian laws, the issue has been studied from a legal perspective as well.

Keywords: stipulation of trustee’s liability, banking profit and loss sharing contracts, Mudarabah contract, article 558 of the Civil Code.

مقدمه

طبق قوانین حاکم بر عقود امانی همانند مضاربه در فقه و حقوق ایران، «امین»، ضامن هیچ‌گونه خسارتی نیست مگر در صورت اقدام به «تعدی و تفریط» و صحت «شرط ضمان امین» در صورت عدم تحقق تعدی و تفریط، امری اختلافی است. به عنوان نمونه در عقد مضاربه، چند نظریه ابراز شده است: یک. «مشهور» فقیهان قائل به «باطل» و «مبطل» بودن شرط مذکور بوده و آن را «خلاف مقتضای ذات عقد» دانسته و اشتراط ضمان را چه در قالب «شرط فعل» و چه در قالب «شرط نتیجه»، «مفسد» عقد می‌دانند.

دو. گروهی دیگر با اذعان به «خلاف مقتضای اطلاق عقد» بودن و «خلاف شرع» بودن آن، تنها به «بطال» شرط ضمان عامل و صحت عقد فتوا داده و عده‌ای دیگر نیز به «صحت شرط» و «بطال عقد مضاربه» و نیز «انقلاب ماهیت مضاربه» به «عقد قرض» و در نتیجه «حرمت» بهره‌وری مالک سرمایه از سود حاصل به دلیل «ربوی» گردیدن آن، در صورت اشتراط ضمان عامل در هر دو قالب «شرط نتیجه» و «شرط فعل»، حکم داده‌اند.

سه. اندکی از فقها نیز قائل به صحت شرط ضمان در قالب «شرط فعل» شده‌اند، اما استدلال‌های آنان از تحلیل برخی از دلایل اصلی بطلان شرط ضمان از جمله «صحیحة محمد بن قیس» تهی می‌باشد، و نیز سایر دلایل مطروحه توسط ایشان نیز مورد مناقشة اساسی سایر علما قرار گرفته است.

بررسی حداقل ده مقاله نوشته شده در سال‌های اخیر^۱ درخصوص شرط ضمان امین در عقود امانی و مشارکتی، نشان‌گر تکرار دلایل مطروحه در فتاوی فقیهان موافق شرط ضمان از جمله «محمدکاظم طباطبایی یزدی» است که از قائلان به صحت شرط ضمان به استناد کتاب «العروه»، محسوب می‌شود (العروة الوثقی، ۲/ ۶۰۰ و ۶۴۶) ظاهر کلام ایشان در کتاب «العروه»، حکم به صحت اشتراط ضمان در قالب «شرط نتیجه» می‌باشد، هرچند هیچ‌یک از حاشیه‌نویسان این کتاب قائل به این حکم نبوده‌اند (خونی، مبانی العروة الوثقی، ۱/ ۵۱؛ حکیم، مستمسک العروة الوثقی، ۱۲/ ۷۲)؛ قابل توجه اینکه این عالم بزرگ در کتاب «حاشیه‌المکاسب»، صراحتاً به بطلان «شرط نتیجه ضمان امین» حکم کرده و تنها به صحت «شرط فعل ضمان» فتوا داده است (یزدی، حاشیه‌المکاسب، ۲/ ۱۱۵). براساس رویکرد اخیر، نتیجه شرط فعل ضمان، صرفاً «وعده‌ای جایز» است که مفاد آن بنا به نظر مشهور فقها، چیزی جز «حکم تکلیفی محض» برعهده مضارب نخواهد بود و این نظر با دیدگاه قانونگذار قانون مدنی در تقنین بند دوم

۱ - صادقی (۱۳۷۲)، صفار (۱۳۷۷)، رستگار جویباری (۱۳۸۶)، باقری (۱۳۸۷)، باریکلو (۱۳۸۴)، کاشانی (۱۳۸۴)، خرازی (۱۳۸۵)، علوی (۱۳۸۸)، باریکلو (۱۳۸۹)، مجوبی (۱۳۹۲)، نظریور (۱۳۹۲)

ماده ۵۵۸ قانون مدنی هماهنگ است لکن برداشت های متناقضی از آن در جامعه حقوق دانان صورت گرفته و این استنباط، مرجع تصویب آیین نامه ها و دستورالعمل هایی در حوزه نظام بانکی واقع گردیده که «حکم وضعی ضمان» را بر عامل مضاربه جایز شمرده است.

متن اصلی پژوهش حاضر دربرگیرنده دو بخش است؛ بخش اول درخصوص مقررات مربوط به شرط ضمان امین در قوانین ایران، فقه امامیه و عامه است و بخش دوم به ارائه دلایل بطلان شرط ضمان امین و نقد و بررسی استدلالات موافقان و مخالفان شرط مذکور پرداخته و عبارت است از: (۱) خلاف مقتضای ذات عقد بودن شرط ضمان، (۲) خلاف اقتضای امانت بودن شرط ضمان و (۳) خلاف اقتضای مالکیت و نیابت بودن شرط ضمان، که مجموعه استدلالات فوق، تحت عنوان «خلاف شرع بودن شرط ضمان امین» در بیانات فقها مورد نقد و بررسی قرار گرفته است.

موقعیت شرط ضمان امین در فقه اسلامی و قوانین ایران

۱. شرط ضمان امین در میان فقههای امامیه و عامه

امکان اشتراط شرط ضمان امین در صورت عدم وقوع تعدی و تفریط خصوصاً در عقد مضاربه، در میان فقههای امامیه، مخالفانی چون: شیخ طوسی (المبسوط، ۲/ ۱۴۹)، ابن ادریس (۲/ ۴۰۹)، ابن حمزه (۲۶۴)، ابن زهره (۲۶۷)، شهید اول (۱۵۵)، کیدری (۲۶۴)، علامه حلی (تذکره الفقهاء، ۱۰/ ۲۴۸-۲۴۶)، ابن فهد حلی (۲/ ۵۶۱)، شهید ثانی (۴/ ۳۳۱)، محقق حلی (۱/ ۱۴۷)، فیض کاشانی (الوافی، ۱۸/ ۸۸۰)، علامه مجلسی (۱۱/ ۳۳۹ و ۳۴۳)، بحرانی (۲۱/ ۲۰۲)، صاحب ریاض (۹/ ۳۳۳)، ملا احمد نراقی (۱/ ۴۲۴)، صاحب جواهر (۲۷/ ۲۱۷)، محقق نائینی (۲/ ۱۱۷)، محقق حکیم (مستمسک العروة الوثقی، ۱۲/ ۷۲)، شهید صدر (اقتصادنا، ۵۷۴-۵۷۳)، مکارم شیرازی و گلپایگانی (به نقل از العروة الوثقی مع التعليقات، ۲/ ۵۵۸) و موافقانی ازجمله: یزدی (العروة الوثقی، ۲/ ۶۴۶)، محقق خوئی (مبانی العروة الوثقی، ۱/ ۵۱) و امام خمینی (۱/ ۶۱۲) دارد. دلایل هر دو گروه به طور تفصیلی در متن اصلی مورد نقد و بررسی قرار گرفته است.

در میان فقههای اهل سنت، فقههای اصلی هر چهار مذهب اعم از مالک، شافعی، ابی حنیفه، احمدبن حنبل و نیز مجموع علمای متقدم بر بطلان شرط ضمان عامل (و حتی کلیه امناء در سایر عقود امانی غیر از عاریه) متفق بوده اند و اختلاف ایشان تنها بر سر مبطل بودن یا نبودن شرط ضمان است

(الدبیان، ۶۷/۹-۶۸)؛ چنانچه مالک^۱ و شافعی^۲ شرط ضمان رأس المال بر عامل مضاربه را فاسد و مفسد عقد دانسته و حنفیه^۳ و حنبله^۴ بر باطل و غیر مبطل بودن شرط مذکور فتوا داده‌اند. برخی معتقدند آنچه در معاملات معتبر است، لفظ به کار رفته توسط متعامل و ظن او نیست؛ بلکه معانی و آنچه حقیقتاً واقع می‌شود، تعیین‌کننده ماهیت عقد می‌باشد و شرط ضمان عامل، ماهیت شرعی عقد را دگرگون کرده و آن را تبدیل به «عقد قرض» می‌نماید و اخذ سود حاصل توسط صاحب مال، در حکم «ربای نسبیته» است (الخلیفی، ۹۹-۱۰۲). دببانی نیز در کتاب «المعاملات المالیه اصاله و معاصره»، پس بررسی دلایل فقهای قدیم و جدید اهل سنت و ارائه مناقشات وارده، نهایتاً به بطلان اشتراط ضمان عامل مضاربه حکم می‌دهد (الدبیان، ۱۰۱/۹).

۲. شرط ضمان امین در قانون مدنی

درخصوص «شرط ضمان امین» در قانون مدنی ایران، دو حکم صریح در دو عقد امانی وجود دارد: یک) ماده ۶۴۲ ق.م که براساس آن شرط ضمان مستعیر در عقد عاریه که مستند به نص خاص شرعی می‌باشد، پذیرفته شده و به زعم فقها، حکمی استثنایی و خلاف قاعده است (صاحب جواهر، ۲۷/۲۱۷؛ عاملی، ۱۷/۴۲۹؛ نائینی، ۲/۱۱۷؛ خوئی، مصباح الفقاهه، ۷/۳۳۴-۳۳۵). دو) ماده ۵۵۸ ق.م که مبنی بر عدم پذیرش شرط مذکور در عقد مضاربه است و هماهنگ با سایر عقود امانی و موافق با قاعده می‌باشد (صاحب جواهر، ۲۶/۳۴۲).

ماده فوق درخصوص «عقد مضاربه» مقرر می‌دارد: «اگر شرط شود که مضارب ضامن سرمایه خواهد بود و یا خسارات حاصله از تجارت متوجه مالک نخواهد شد، عقد باطل است؛ مگر اینکه بطور لزوم شرط شده باشد که مضارب از مال خود به مقدار خسارت یا تلف مجانا به مالک تملیک کند.» برداشت صاحب نظرانی که مسلط به سوابق فقهی متون قانونی هستند، این است حکم انتهای ماده، از قابلیت ایجاد «حکم وضعی ضمان» بر ذمه عامل، قاصر است و در نتیجه نمی‌توان عامل را مدیون صاحب سرمایه دانست؛ براساس این رویکرد، نتیجه اشتراط قسمت دوم ماده فوق، صرفاً «وعده‌ای جایز» است که مفاد آن

۱ - «إِذَا شَرَطَ رَبُّ الْمَالِ الضَّمَانَ عَلَى الْعَامِلِ، فَقَالَ مَالِكٌ، لَا يَجُوزُ الْقِرَاضُ وَهُوَ فَاسِدٌ، وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ. وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ، وَأَصْحَابُهُ الْقِرَاضُ جَائِزٌ، وَالشَّرْطُ بَاطِلٌ. وَعَمَدَةُ مَالِكٍ، أَنَّ اشْتِرَاطَ الضَّمَانَ زِيَادَةٌ غَرَرٌ فِي الْقِرَاضِ نَفْسَهُ...» (ابن رشد قرطبی، ۴، ۲۲).

۲ - «لو شرطاً في عقد القراض تحمل العامل للخسائر كان القراض باطلاً؛ لاشتراطهما خلاف موجب» (ماوردی، ۷، ۳۳۲)؛ «الشیء إذا كان حكمه في الأصل على الأمانة فإن الشرط لا يغيره عن حكم أصله» (خطابی، ۳، ۱۷۶).

۳ - «اشتراط الضمان على الامين، باطل» (سرخسی، ۱۵، ۸۴؛ بغدادی حنفی، ۳۳).

۴ - «متی شرط علی المضارب ضمان المال، أو سهماً من الوضیعة، فالشرط باطل، لا نعلم فيه خلافاً، والعقد صحيح نص عليه أحمد» (ابن قدامة، ۵، ۴۰) و نیز در کتب قواعد فقهیه حنبله این قاعده بسیار به چشم می‌خورد: «کل ما کان أمانة لا یصیر مضموناً بشرطه، وما کان مضموناً لا ینتفی ضمانه بشرطه» (مرداوی، ۶/۱۱۳).

بنا به نظر مشهور فقها، چیزی جز «حکم تکلیفی محض» برعهده مضارب نخواهد بود (محقق داماد، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، ۳۲۷).

۳. شرط ضمان امین در قانون عملیات بانکی بدون ربا و آیین نامه مربوطه

ماده ۱۲ دستورالعمل اجرایی مضاربه از سلسله مصوبات شورای پول و اعتبار در راستای اجرای قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب ۱۳۶۳/۱/۱۹ است بدین مضمون که: «بانک‌ها «موظف» هستند برای جبران خسارت وارده بر اصل سرمایه، ضمن عقد صلح موضوع ماده ۸ این دستورالعمل، از عامل، تعهد کافی اخذ نمایند.» ماده مذکور، محصول برداشت نادرست از ماده ۵۵۸ ق.م.ب. بوده و حکم تکلیفی این ماده قانون مدنی را به حکم وضعی ضمان تبدیل نموده است.

این صراحت در قراردادهای متحدالشکل مضاربه که توسط بانک مرکزی تهیه گردیده بیشتر است؛ واقعیت آن است که موادی که در بطن فرم‌های استاندارد عقود مشارکتی بانکی، گنجانده شده است، حتی تناسبی با عقود مذکور از نظر شارع و قانونگذار نیز ندارد و ماهیت آنها را به عقد قرض ربوی، متحول و منقلب می‌کند. این مواد و تبصره‌ها عمدتاً به منظور انتقال ریسک‌های مختلف و تحمیل آن به تسهیلات گیرنده، طراحی گردیده است که نشان از اصرار بانک‌ها برای تثبیت موقعیت خویش در حاشیه‌ی امن و آمان اقتصاد اعتباری و اجتناب از مواجهه با تحولات و نوسانات طبیعی بازار تجارت دارد. این اشکالات را با محوریت عقد مضاربه بررسی کرده و در این راستا به برخی از مواد و تبصره‌های قراردادهای متحدالشکل بانکی نیز اشاره خواهیم کرد.

* قرارداد متحدالشکل مضاربه

ماده ۴ - ... عامل، ضمن عقد خارج لازم، حق رجوع و فسخ قرارداد را از خود سلب و ساقط نمود. (پوشش ریسک نکول)

تبصره بند ۶ - سایر هزینه‌های متعلقه به موضوع قرارداد با مصالحه طرفین، بر عهده عامل خواهد بود. (پوشش ریسک هزینه‌های اضافی)

ماده ۸ - «در صورتی که نتیجه عملیات مضاربه منجر به زیان شود، عامل با امضای این قرارداد و ضمن عقد خارج لازم دیگری متعهد گردید؛ اصل سرمایه‌ی متعلقه را به حساب بانک منظور نماید. (پوشش ریسک سرمایه = "شرط ضمان عامل")

ماده ۹ - «چنانچه به تشخیص بانک، عامل بنا به دلایلی خارج از اراده، قادر به انجام موضوع قرارداد و یا اتمام آن نباشد؛ بانک می‌تواند نسبت به فسخ قرارداد حاضر، اقدام نماید. در این صورت عامل مکلف به

بازپرداخت سرمایه ی مضاربه و در صورت تحصیل سود، پرداخت سهم بانک از سود مکتسبه می باشد.» (پوشش ریسک حوادث)

ماده ۱۰- عامل متعهد گردید که در صورت عدم پرداخت وجوه در سررسید مقرر، از تاریخ سررسید تا تاریخ تسویه کامل با بانک، علاوه بر وجوه تأدیه نشده خود، مبلغی به عنوان وجه التزام تأخیر تأدیه دین... به بانک پرداخت نماید. نرخ وجه التزام تأخیر تأدیه دین، معادل ۶ درصد به علاوه نرخ سود مورد انتظار، مجموعه معادل درصد می باشد. (پوشش ریسک تأخیر)

ماده ۱۳- نرخ سود مورد انتظار مندرج در مواد ۱۰، ۱۱ و ۱۲ این قرارداد معادل درصد می باشد. (پوشش ریسک سودآوری)...

باید اذعان نمود که تمام فعالیت های اقتصادی به طور طبیعی با نوعی مخاطره همراه است، پذیرش عدم مسئولیت سرمایه گذار و بیمه نمودن سرمایه او از تمام خطرات و متوجه نمودن همه ریسک ها به عامل نیروی کار (سرمایه پذیر)، نظامی بسیار شبیه به سیستم ربوی و سلطه عامل سرمایه بر اقتصاد را فراهم خواهد ساخت.

نقد دلایل موافقان و مخالفان شرط ضمان امین^۱

بررسی کتب فقهی نشان می دهد بسیاری از استدلالات موجود به «خلاف شرع بودن» شرط ضمان امین باز می گردد، چنانچه، برخی از فقها، «شرط خلاف مقتضای عقد» را نیز از اقسام «شرط نامشروع» دانسته و دلیل بطلان آن را «مخالفت با کتاب و سنت» بیان کرده اند (شیخ طوسی، المیسوط، ۱۴۹/۲؛ علامه حلی، تذکره الفقهاء، ۱۰/۲۴۸-۲۴۶ و فیض کاشانی، مفاتیح الشرائع؛ ۳/۶۵-۶۶). لذا از جمله مستندات خلاف شرع بودن شرط ضمان، «خلاف اقتضای ذات عقد بودن» و «خلاف اقتضای امانت بودن» و «مخالفت شرط ضمان با اقتضای مالکیت و نیابت» می باشد که این قسمت از پژوهش به تبیین موارد فوق، پرداخته است.

۱ - به لحاظ ساختاری این امکان وجود داشت که شکل مقاله به صورت تقابل دیدگاه موافقان و مخالفان شرط ضمان امین سازماندهی شود اما ساختار انتخابی ما برای بیان موضوع، شامل بیان ترکیبی دیدگاه مخالفان شرط ضمان و سپس موافقان و نهایتاً نقد آن است. این انتخاب به این دلیل است که اول، مخالفت با یک رویه مألوف و نظر مشهور (خلاف شرع بودن اشتراط ضمان امین)، بیشتر مستلزم طرح دقیق مواضع مشهور است تا دفاع از نظرات اقلیت. حال آنکه مقالات بسیاری که اخیراً در همین زمینه منتشر گردیده، با چشم پوشی از ارائه برخی از مهم ترین مستندات مخالفان و نقد آن، عمدتاً و ابتدائاً به دفاع از نظرات موافقان پرداخته است. دوم، با توجه به محدودیت حجمی مقاله، پرداختن به تمامی نظرات موافق و مخالف و ارزیابی آنها امکان پذیر نیست. با وجود این، مقاله به شکلی نگاشته شده که تصویری شفاف از مهم ترین دیدگاهها و مواضع موافقان و مخالفان را منعکس ساخته است.

۱. خلاف مقتضای ذات عقد بودن شرط ضمان

یکی از استدلالات فقها در حکم به باطل و مبطل بودن شرط ضمان امین، «خلاف مقتضای ذات عقد بودن» آن است. چنان که می‌دانیم عقد دو «مقتضا» دارد: مقتضای ذات و مقتضای اطلاق؛ «مقتضای ذات عقد»، همان «جوهر عقد» یا «موضوع اصلی» مورد توافق است که عقد به خاطر آن واقع می‌شود و «شرط خلاف مقتضای ذات»، ماهیت آن چه را که «تراضی»، «قانون» و «عرف» به اشتراک آفریده‌اند، نفی می‌کند، لذا چنین شرطی، باطل و مبطل قرارداد است. «مقتضای اطلاق عقد» نیز عبارت از امری فرعی است که عقد بر حسب اطلاق خود، یعنی در صورت عدم تقیید به اموری مانند وصف، مکان و یا زمان، مقتضای آن است و طرفین می‌توانند با درج شرط و قید در عقد، خلاف اقتضای مزبور را توافق کنند (نائینی، ۱۱۱/۲-۱۱۲).

۱-۱. معیار تشخیص اقتضای ذات عقد از اقتضای اطلاق آن

شناسایی «مقتضای ذات» هر عقد از «اطلاق» آن، یکی از مناقشه‌برانگیزترین بحث‌های فقهی و حقوقی است. بزرگان در تمیز مقتضیات ذات عقد، راه‌های متفاوتی را پیموده و معیارها و ملاک‌های متعددی ارائه نموده‌اند. برخی «شرع و قانون» را ملاک قرارداد (محقق کرکی، ۴/ ۴۱۴-۴۱۶) و برخی به «عرف» بسنده نموده (نراقی، ۱۵۱) و برخی به «قصد مشترک متعاقدين» اشاره نموده و بر این نظر قائل‌اند که آن چه طرفین عقد، به طور صریح، اولاً و بالذات انشاء کرده‌اند و مدلول مطابقی عقد است ملاک تشخیص مقتضای ذات عقود است (نائینی، ۱۱۲/۲).

گروهی از علما، با تمسک به معیار اخیر و توضیح دایرة اقتضائات ذات عقود امانی به مقصود اصلی متعاملین، به خلاف اقتضای اطلاق عقد بودن شرط ضمان در عقود امانی رأی داده‌اند. البته ایشان، همگام با مشهور فقها، در خصوص «عقد ودیعه»، قائل به استثنا بوده و به خلاف اقتضای ذات عقد بودن اشتراط ضمان در عقد مذکور و باطل و مبطل بودن آن، قائلند (بحرانی، ۲۱/ ۵۴۵؛ صاحب جواهر، ۲۷/ ۲۱۶؛ یزدی، العروة الوثقی، ۲/ ۶۴۶ و ۶۰۰؛ امام خمینی، ۱/ ۶۱۲).

علاوه بر ایراد به تنوع ملاک‌های ارائه شده از مقتضای ذات عقد و عدم اتحاد در مبنا، إشکال دیگری که به نظر موافقان شرط وارد شده این است که ایشان، «معیار نوعی» تمییز مقتضای عقد را که «قانون و عرف» است رها کرده‌اند و به «معیار شخصی» که «مفاد قصد مشترک» و معیاری نامطمئن و گمراه‌کننده است، متوسل گردیده‌اند. ایراد سوم نیز این است که اگرچه «عقد»، نهادی ارادی و آفریده‌ای عرفی است اما قوانین شرعی و مقررات حقوقی نیز عنصری از این ماهیت به شمار می‌آیند و به هیچ وجه نباید مغفول واقع شوند. برای مثال، در پاره‌ای از قراردادها، قبض، شرط صحت عقد است. ضرورت قبض را دو طرف انشاء

نمی‌کنند اما قانون، آن را لازمه جدایی ناپذیر و غیرقابل انفکاک از قرارداد می‌داند و شرطی که قبض را در وقف یا هبه یا رهن یا بیع صرف لازم نمی‌داند، خلاف مقتضای عقد می‌بیند (کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ۳/ ۱۸۰) و نیز در این خصوص توجه به این نکته ضروری است که حسب مبانی فقه امامیه، «اصل حاکمیت اراده» با توجه به امضای شرع از طریق جمله «المؤمنون عند شروطهم» و «أوفوا بالعقود» پذیرفته شده است (محقق داماد، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، ۱۳۶) لذا حتی در صورت منوط نمودن تعیین معیار اقتضای ذات عقد به اراده متعاقدین و پذیرش نظر موافقان در این خصوص، ضرورت دارد اشتراط ضمان امین، ناقض مقررات شرعی نباشد.

۲-۱. خلاف اقتضای ذات بودن شرط ضمان در عقود مختلف امانی

در بادی امر به نظر می‌رسد که علمایی که مقتضای ذات عقد را با «قصد اصلی متعاملین» مرتبط دانسته‌اند، قائل به جواز شرط ضمان امین در کلیه عقود امانی هستند و این در حالی است که حتی بزرگ‌ترین قائلان به مبنای فوق، در اکثر عقود امانی و مشارکتی، به مخالفت شرط مذکور با اقتضای ذات عقد، هم‌زمان با مخالفت آن با شرع، فتوا داده‌اند. به طور خلاصه به برخی از استدلالات ایشان در خصوص خلاف مقتضای ذات بودن شرط ضمان در عقود اجاره اعیان، وکالت، ودیعه، شرکت و مضاربه اشاره می‌کنیم:

- در «عقد اجاره اعیان»، وضعیت مستأجر ناشی از صرف اذن موجه نبوده بلکه ناشی از «حق مالکی» بوده که به وسیله عقد اجاره ایجاد گردیده است و عقد اجاره، «متعرض» عین مستأجره و «مقتضی» وقوع آن، تحت «ید انتفاعی» و «سلطنت شرعی» مستأجر و «عدم ضمان مستأجر» نسبت به آن می‌باشد و روشن است که عدم ضمان «ید مالکی» و «ید واقع بر اشیاء که ناشی از حق و استحقاق باشد»، یک امر مسلم و ثابت در شرع مقدس بوده و شرط ضمان در این گونه موارد علاوه بر این که «شرط خلاف مقتضای ذات» عقد اجاره است، «شرط خلاف کتاب و سنت» نیز به شمار می‌آید. (نائینی، ۲/ ۱۱۵) و نیز تمام فقها بالاجماع معتقد هستند که با تسلیم عین مستأجره به اطلاق عقد اجاره، موجه استحقاق دریافت مال الاجاره را دارد و نیز مستأجر فقط ضامن اجرت به «ضمان معاملی» بوده و ابداً نسبت به عین مستأجره ضمانی ندارد و گرنه لازم می‌آید نسبت به مال واحد، یک شخص دارای دو ضمان بوده باشد؛ اول: «ضمان معاملی» و دوم: «ضمانید» و جمع دو ضمان، از نظر فقهی، غیرقابل قبول است (حکیم، مستمسک العروة الوثقی، ۷۳/ ۱۲).

- مرجع شرط ضمان در «عقد وکالت» نیز به ضمان شخص مالک باز می‌گردد، زیرا ید آن‌ها به منزله ید مالک است و حقیقت استنباط (نمایندگی)، منافی با ضمان است (نائینی، ۲/ ۱۱۵).

- به اقتضای اثر ذاتی «عقد ودیعه» نیز ید مشروط علیه نسبت به مال، امانی است و به اقتضای اثر شرط، بر فرض صحّت آن، ید مشروط علیه نسبت به آن ضمانی می شود، واضح است که حکم ضمان و امان نسبت به شیء واحد و ید واحد در زمان واحد با هم سازگاری ندارند و وجود تضاد میان مفاد شرط و مفاد عقد، موجب اثبات و نفی مقتضای در آن واحد است که مستلزم خلل در قصد انشای عقد و در نتیجه موجب بطلان قرارداد است. از نظر ایشان بطلان شرط ضمان در عقد ودیعه، متناسب با قاعده و حکم کلی حاکم بر عقود امانی است (شهید اول، ۱۵۵؛ علامه حلی، قواعد الأحکام، ۲/۳۰۴؛ شهید ثانی، ۴/۳۳۱؛ محقق کرکی، ۷/۲۵۸؛ صاحب جواهر، ۲۶/۳۴۲).

- در «عقد شرکت» نیز فقها، «شرط ضمان کلیة خسارات بر احد شرکا» و یا «شرط عدم خسران برخی شرکا» را «خلاف مقتضای ذات عقد شرکت» دانسته و معتقدند لازمة ذات شرکت، «تساوی شرکاء در سود و زیان» و «تقسیم سود و جبران زیان به نسبت سرمایه» است (صاحب جواهر، ۲۶/۳۰۳؛ خوئی، مبانی العروة الوثقی، ۱/۲۶۳).

- نصوص وارده در باب مضاربه نیز نشان می دهد که شارع، خسارت را بر مالک قرار داده و ضمان سرمایه را به عهده وی گذارده است، پس اشتراط خلاف آن چه شارع مقرر نموده، جایز نیست و موجب بطلان است. (قمی، ۳۵) و گفتنی است «ظاهر این نصوص نشان می دهد تعلیل به این که شرط ضمان، منافی مقتضای اطلاق عقد است نه ذات آن، تعلیل کاملی نیست، زیرا اقتضای عقد مضاربه، دلایل شرعی را نیز دربرمی گیرد.^۱»

۳-۱. تفاوت اشتراط ضمان در قالب دو شرط نتیجه و فعل^۲

عده اندکی از فقها در امکان ضمان آور بودن انواع مختلف شرط ضمان امین، (شرط نتیجه و شرط فعل) قائل به تفصیل هستند^۳؛ اکثریت قریب به اتفاق فقها صراحتاً به این نکته اشاره کرده اند که شرط ضمان، نمی تواند در قالب «شرط نتیجه» منعقد شود و چنین شرطی نمی تواند به صرف اشتراط حاصل شود؛ زیرا به اعتقاد ایشان، علت «خلاف شرع بودن» شرط ضمان به این دلیل است که اشتراط ضمان

۱ - «و من هنا يظهر أنّ تعليله بعدم كونه منافياً لمقتضى العقد بل لإطلاقه، غير تامّ بعد ورود النصّ و اقتضاء عقد المضاربة ذلك» (مکارم، به نقل از العروة الوثقی مع التعليقات، ۲، ۵۵۸).

۲ - (شرط نتیجه): شرط ورود خسارات به طور مستقیم به عامل و عدم توجه زیان به مالک سرمایه و (شرط فعل): یا «شرط تدارک تلف» بدین معناست که ابتدا خسارات به مالک سرمایه وارد می شود ولی عامل، مبلغ خسارت را به مالک، هبه می کند.

۳ - بیانات خوئی به پذیرش «شرط ضمان عامل» تنها در قالب «شرط فعل» صراحت دارد. (خوئی، مبانی العروة الوثقی، ۱/۵۱) حکیم نیز به صحت شرط ضمان در «باب اجاره» در قالب «شرط فعل»، فتوا داده اند (حکیم، منهاج الصالحین، ۲، ۱۱۹؛ همو، مستمسک العروة الوثقی، ۱۲/۷۲)؛ اما ایشان، به «بطلان» «شرط فعل ضمان» در «عقد مضاربه» حکم رانده اند: «...لا خسران علیه [العامل فی المضاربة] بدون التفريط و إذا اشترط علیه تحمل الخسران لم يصح الشرط...» (حکیم، منهاج الصالحین، ۲/۱۶۰).

ضمن عقد نمی‌تواند در کنار سایر اسباب و موجبات ضمان که وضع و رفع آن به ید انحصاری شارع یا عقلاً است، اثر حقوقی داشته و ایجادگر ضمان باشد. (خوئی، المستند فی شرح العروة الوثقی، ۳/ ۲۲۸) به عبارتی، اسباب ضمان نسبت به مثل یا قیمت در شریعت احصا شده و در اتلاف به مباشرت یا به تسبیب، غصب، غرور و تعدی و تفریط امین، منحصر است. بنابراین، عنوان اشتراط نمی‌تواند در عرض موجبات ضمان، قرار گیرد و پذیرش صحت شرط ضمان به معنای تأیید تحقق مسبب (ضمان)، بدون اسباب آن است و این، خلاف آن چیزی است که خداوند بر بندگان واجب کرده است، مگر این‌که دلیل مخصصی وجود داشته باشد، مانند دلیل ضمان مال مورد عاریه توسط مستعیر در طلا و نقره که دلالت بر ضمان متصرف مال می‌نماید.

اما برخی دیگر از فقها معتقدند اشتراط ضمان چه در قالب «شرط نتیجه» و چه در قالب «شرط فعل» تأثیری در مخالفت شرط ضمان با اقتضای عقد ندارد و عرف هر دو حالت را «تضمین» به حساب می‌آورد. شهید صدر در کتاب بانک بدون ربا، می‌نویسد: «... مقتضای اطلاق روایت (صحیحة محمد بن قیس) این است که از لحاظ شرعی، هر چیزی که عرفاً بر آن، «تضمین مال» صدق کند، با استحقاق مالک نسبت به بخشی از سود، جمع نمی‌شود. لذا شامل تضمین به غیر قرض یعنی «تضمین با شرط» نیز می‌شود؛ بلکه همچنین ادعا می‌شود که شمول آن علاوه بر «شرط نتیجه»، بر موارد «جبران زیان» به صورت «شرط فعل» نیز می‌باشد؛ زیرا اگرچه آن به معنای دقیق، «تضمین» نیست اما «عرفاً» شامل آن نیز می‌شود؛ لذا به مالکی که با عامل مضاربه، شرط می‌کند تا هنگام وقوع خسارت، مقداری مال برابر با زیان به وی بدهد (شرط فعل)، می‌گویند که وی، عامل را ضامن کرده است.» (صدر، البنك اللاربوی، ۲۰۳).

باید گفت قانون‌گذار نیز به پیروی از نظر مشهور فقها، درخصوص حکم «شرط ضمان امین بدون تعدی و تفریط»، «ضمان شرعی» را حتی در قالب «شرط فعل» نیز نپذیرفته است؛ چنانچه ماده ۵۸۸ قانون مذکور مقرر می‌دارد: «اگر شرط شود که مضارب، ضامن سرمایه خواهد بود و یا خسارات حاصله از تجارت متوجه مالک نخواهد بود، عقد باطل است، مگر این‌که به طور لزوم شرط شده باشد که مضارب از مال خود به مقدار خسارت یا تلف مجاناً به مالک تملیک کند.»

تفاوت دو فرض باطل و صحیح صدر و ذیل ماده فوق این است که به نظر قانون‌گذار، ضمان، حکمی از احکام شرع است و بنابراین طرفین نمی‌توانند از طریق اشتراط، یکدیگر را ضامن، یعنی مدیون سازند. می‌دانیم که ضامن شدن یک نفر در قبال دیگری به معنای مدیون شدن ضامن و دائن شدن مضمون‌له به نحو «شرط نتیجه» است که موافقی در میان فقها ندارد؛ ولی نکته قابل ذکر این است که مفاد «فرض دوم» که قانون آن را به نحو «شرط فعل» صحیح دانسته، نیز نوعی «تعهد» است؛ که به نظر فقها براساس این تعهد،

برای متعهد، بدهی منفی (دین) و برای متعهدله، دارایی مثبت (طلب) به نحو بالفعل فراهم نمی‌شود و مضمون این تعهد، متعهد شدن یک نفر نسبت به تملیک مال به دیگری است به گونه‌ای که او را مدیون و طرف مقابل را مالک ذمه او نمی‌سازد؛ بلکه نتیجه اشتراط، صرفاً یک «تعهد و التزام» است که مفادش بنا بر نظر مشهور، چیزی جز یک «حکم تکلیفی محض» نخواهد بود^۱، به گونه‌ای که در فرض مرگ متعهد، به ترکه وی تعلق نمی‌یابد و در صورت تخلف نیز برای مشروطه، صرفاً «خيار تخلف از شرط» ایجاد می‌شود، ولی به هر حال برای مشروط‌علیه، «دین یا حکم وضعی (ضمان)» ایجاد نمی‌گردد و حتی به نظر برخی، عامل در صورت تخلف، مکلف به جبران خسارت نیز نمی‌باشد^۲.

هرچند در «حقوق معاصر» و در مبحث «نظریه عمومی تعهد»، به موجب تعهد، «حق مطالبه» برای متعهدله به وجود می‌آید و در شمار یکی از عناصر دارایی به شمار آمده و به عنوان «مال» مورد مطالعه قرار می‌گیرد (کاتوزیان، نظریه عمومی تعهدات، ۲۲)؛ اما از نظر اکثر فقها، پذیرفتن این امر با مشکل جدی مواجه است و «مشهور فقها» معتقدند «تعهد» از «اسباب دین» یا از «موجبات ضمان» نیست (صاحب جواهر، ۶۹/۲۷) به نظر می‌رسد قانون‌گذار مدنی نیز، همین دیدگاه را در خصوص شرط مذکور پذیرفته است؛ زیرا اگر شرط، موجب ضمان یعنی «حق ذمی» یا «حق دینی» می‌بود، مورد استثنای ذیل ماده ۵۵۸ ق.م.همانند مورد صدر ماده (شرط ضمان مضارب) هم باطل و هم مبطل بود و تفاوتی میان آن‌ها وجود نداشت. به نظر این دسته از علما، قانون برای فرار از ضمان، به «حیلة» ذیل ماده، متمسک شده و مفاد آن را تعهد موجد ضمان نمی‌بیند (محقق داماد، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، ۳۲۷).

از پژوهش‌های انجام گرفته در اولین مستند صحت شرط ضمان امین، که «خلاف اقتضای ذات عقد» نبودن آن است، این نتیجه حاصل می‌شود که در بیانات فقها، تعیین ملاک یکسانی که نشان‌دهنده اقتضای ذات هر عقد باشد، امری مشکل است و از معیارهای «عرف» و «شرع» تا «قرارداد بین طرفین» متغیر می‌باشد. برآیند نظرات علما و حقوق‌دانان این است که در واقع شرطی «خلاف مقتضای ذات عقد» به شمار می‌رود که خلاف «احکام تکلیفی و الزامی» شرعی بوده و منافی «قواعد آمره» حقوقی باشد؛ لذا خلاف اقتضای ذات نبودن شرط ضمان به دلیل اختلافی بودن معیار تعیین آن، نه تنها دلیل مناسبی برای

۱ - «...أی علی سبیل شرط الفعل الراجع إلى اشتراط الموجر علی المستأجر ان یدفع مقداراً معیناً من المال علی تقدیر تلف العین من غیر أن تشتغل ذمته بشئ»، (لا بعنوان الضمان) بل علیان یکون هذا الدفع تکلیفاً محضاً» (خونی، مبانی العروة الوثقی، ۱/ ۲۳۱).

۲ - «أن الاشتراط لیس من أسبابه [الضمان] و قد عرفت فی القسم الثالث من الشرط أن اشتراط ما لیس بسبب لحکم وضعی أو تکلیفی لا یکون نافذاً و یکون الالتزام به لغواً» (خونی، مصباح الفقاهة، ۷، ۳۳۵-۳۳۴).

اثبات صحت شرط مذکور نمی‌باشد؛ بلکه لازم است برای اثبات «حق» یا «حکم» بودن آن و یا «حکم وضعی» یا «تکلیفی» بودن شرط مذکور به سایر ادله رجوع کرد.

۲. شرط ضمان، خلاف اقتضای امانت

به منظور کشف خلاف اقتضای امانت بودن یا نبودن شرط ضمان، این قسمت از پژوهش، به بررسی و تحلیل سه مبحث قاعده عدم ضمان امین، خروج تخصیصی ید امانی از قاعده علی‌البد و مناقشه در مثال‌هایی که به عنوان «موارد نقض قاعده استیمان» مورد استناد قرار گرفته، پرداخته است.

۱-۲. قاعده عدم ضمان امین

یکی از استثنائات مهم «قاعده ضمان متصرف مال غیر»، «قاعده استیمان» است که به «قاعده عدم ضمان امین» شهرت داشته و از مسلمات شرع اسلام به شمار می‌رود. مضمون قاعده این است که چنان‌چه شخصی با «ید امانی» بر مال دیگری استیلا یابد، ضامن آن مال نخواهد بود. «قاعده استیمان» که به وسیله ادله نقلی فراوانی پشتیبانی می‌شود، خود به وسیله «قاعده ضمان ناشی از تقصیر» محدود شده است. براساس مفاد قاعده اخیر، با ارتکاب «تعدی و تفریط» از سوی امین، ضامن شناختن او به عنوان نوعی «مجازات مدنی»، امری مشروع و موجب خواهد بود. (مراغی، ۲/ ۴۴۷-۴۴۶) این‌که اذن امانی، مانع ضمان است مطلبی واضح است و احتیاج به اثبات ندارد با این حال می‌توان به معروف‌ترین روایات معصومین (ع) در باب استیمان اشاره نمود که عبارتند از: «لیس علی المؤمن، ضمان» (محدث‌نوری، ۱۴/ ۱۶)؛ «ان الأئمة لا یضمن» (خوئی، مبانی العروة الوثقی، ۱، ۵۰) و «قال لیس علی مستعیر عاریه، ضمان - و صاحب العاریه و الودیعه مؤتمن» (حرعاملی، ۱۹/ ۹۳).

برخی معتقدند: «از نصوص وارده در خصوص ضمان مستأجر در صورت وقوع تعدی، اقتضای عدم ضمان وی در صورت عدم وقوع تعدی استنباط می‌شود.» (حکیم، مستمسک العروة الوثقی، ۱۲/ ۶۹) جمعی نیز بر این عقیده‌اند که: «عموم و اطلاق روایات فوق، عقود امانی را در هر دو صورت اشتراط و عدم اشتراط ضمان شامل می‌شود.» (خوئی، مبانی العروة الوثقی، ۱/ ۵۰) و نیز از نصوص فوق برداشت می‌شود که مستأجر، مضارب و مستودع، شرعاً «امین» هستند و از آن‌جا که شرط ضمان، موجب خروج ایشان، از وصف امین بودن می‌شود و این وصف را زائل می‌کند، محکوم به بطلان است؛ لذا شرط ضمان امین، شرطی مخالف کتاب و سنت است (شهیدثانی، ۴/ ۳۳۱).

مهم‌ترین مناقشه‌ای که از طرف برخی فقها بر روایات دال بر عدم ضمان امین صورت گرفته، بدین مضمون می‌باشد که ایشان معتقدند که مفاد روایات مذکور این است که در این‌گونه ایادی برخلاف ایادی عدوانی، اقتضایی نسبت به ضمان نیست، نه این‌که در آن اقتضای عدم ضمان وجود داشته باشد تا بتوان

گفت شرط ضمان، در مخالفت با شرع است (حکیم، مستمسک العروة الوثقی، ۷۰/۱۲) به بیان روشن‌تر، موضوعاتی که متعلق احکام شرعی واقع می‌شوند گاه چنانند که در نظر شارع، اقتضایی نسبت به «الزام مثبت» یعنی «وجوب» و یا «الزام منفی» یعنی «حرمت» ندارند که در این صورت، این موضوعات همان «مباحات» هستند و گاهی در آن‌ها اقتضایی نسبت به «الزام مثبت» و یا «منفی» وجود دارد که «واجبات» و «محرمات» از این قبیل موضوعات هستند که توافق برخلاف آن‌ها غیر ممکن است. موافقان صحت شرط ضمان می‌گویند شرط ضمان در عقود امانی، مخالف با احکام شرع که در آن‌ها «اقتضای الزام منفی» (حرمت) وجود داشته باشد، نیست. گروه مقابل در راستای رد برداشت فوق از روایات مربوطه مبنی بر «لا اقتضا» دانستن ید امین نسبت به ضمان، به مبحث اصولی «خروج تخصیصی» یا «حکمی» ید امانی از قلمرو قاعدة علی الید متمسک شده‌اند.

۲-۲. خروج تخصیصی ید امانی از قاعدة علی الید

موافقان شرط ضمان امین معتقدند حدیث «علی الید ما أخذت حتی تؤدیه»، فقط بر «ید غیر مأذون» دلالت دارد و شواهدی ذکر نموده‌اند از جمله این‌که واژه «أخذ» در جایی استعمال می‌شود که تصرف بر مال غیر، با «قهر و غلبه» همراه باشد و نیز بیان کرده‌اند که روایت علی الید، در خصوص بقای عین و استمرار آن را در دست غیر مالک به ضرر متصرف آن است و این نوع بیان، اصطلاحاً نشان‌گر «لحن زجری» حدیث است که صرفاً مناسبت با موارد «عدوان» دارد، لذا اطلاق روایت را منصرف به «ید غیر مأذون» دانسته و نتیجه گرفته‌اند که خروج ید امانی از قلمرو ایادی ضمانی، «خروج موضوعی» و به «تخصیص» است؛ لذا اقتضای ضمان برای ایادی امانی وجود ندارد، نه این‌که در ایادی امانی، اقتضای عدم ضمان وجود داشته باشد. (محقق داماد، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، ۵۰۴).

اما گروه مقابل، معتقدند حدیث «علی الید» اطلاق دارد و کلمه «أخذ» یک عنوان «کلی» است و نسبت به مصادیقی که به عنوان افرادش هستند، عنوان «متواطی» دارد و صدقش نسبت به ید مأذون و غیر مأذون، عدوانی و غیرعدوانی، علی السویه است؛ لذا ایشان با رد استدلال فوق، ظهور «قاعدة ضمانی» را در شمول ایادی امانی و غیرامانی قابل خدشه ندانسته و برآند «ادلة عدم ضمان امین» مثل «الأمین لا یضمن»، «قاعدة علی الید» را تخصیص زده و ید امان را استثنائاً از حکم ضمان خارج نموده است (مامقانی، ۵، ۶۳).

در تأیید مطلب فوق برخی از اساتید می‌نویسند: «... ادعا می‌شود که شرط ضمان، مخالف مقتضی نیست، بر این مبنا که تنها مخالف حکم اقتضایی، مخالف حکم خداست، لذا شرط مذکور، مخالف کتاب و سنت هم نیست، اما این ادعا، مردود است؛ زیرا «عموم» (علی الید ما أخذت) شامل ید امین نیز

می‌شود و «ظهور» آن اقتضاء دارد که امین نیز ضامن آن‌چه در دستش هست، باشد. پس حال که امین، ضامن نیست حتماً مقتضی آن، عدم ضمانت است.» (صدر، البنك اللاربوی، ۱۸۹).

برخی از علما، نیز ضمن تحلیل دیدگاه گروه اول و استناد به «شبهة مصداقيه» بودن شرط ضمان و عدم جواز رجوع به عموم «المسلمون»^۱ و شمول عمومیت ادلة عدم ضمان امین نسبت به شرط ورد امکان «تزامم» و ترجیح ادلة استیمان در «تعارض» با «قاعدة وجوب وفای به شرط» و نیز استناد به عدم امکان توسل به «اصل عدم مخالفت با شرع» و «ارتکاز عقلا» به خروج تخصیصی امین از قاعدة ضمانت، نتیجه می‌گیرند عدم ضمان امین ناشی از اقتضای ادله می‌باشد و ایشان صراحتاً به مخالفت شرط ضمان امین با احکام شرعی فتوا داده‌اند (حکیم، مستمسک العروة الوثقی، ۱۲/۷۱ - ۷۰).

۳-۲. ایرادات وارده بر شواهد نقض قاعدة استیمان

موافقان صحیح بودن شرط ضمان در تأیید نظر خویش به شواهدی که در فقه از شرط ضمان امین وجود دارد، استناد می‌کنند. این بخش از پژوهش، به بررسی اساسی‌ترین شواهد مدعیان «عدم ملازمة امان و عدم ضمان» و اشکالاتی که علما بدان‌ها وارد نموده‌اند از جمله ید‌آخذ بالسوم، صنعت‌گر، باربر و ید‌مستعیر در عاریة مضمونه، می‌پردازد.

الف) کالایی را که کسی برای خرید از مالک دریافت می‌دارد تا مشاهده نموده و بخرد یا خود بدین‌منظور با اجازه مالک برمی‌دارد، «مقبوض بالسوم» می‌نامند، با وجود اذن از جانب مالک، کالا در دست شخص، امانت است، با این حال، فقها، در صورت تلف مال در دست قابض، قائل به ضمان وی شده‌اند (صاحب‌جواهر، ۳۷، ۷۳). واقعیت این است که اتفاق‌نظری بر ضامن محسوب شدن قابض بالسوم وجود ندارد؛ زیرا برخی از فقهاء، مقبوض بالسوم را امانت مالکی و ید قابض را نیز ید امانی و غیرمضمون می‌دانند (علامه‌حلی، قواعد الأحکام، ۵/۳۲۱؛ خوانساری، ۳/۴۱۵) و نیز برخی از فقها این مسئله را داخل در شمول «قاعدة علی‌الید ما أخذت حتی تودیه» محسوب داشته و اذن و امانت را منتفی دانسته‌اند؛ نه اینکه مقبوض بالسوم را از استثنائات و تخصیصات قاعدة عدم ضمان امین بشمارند (بجنوردی، ۱/۲۱۴) روشن است بنا نمودن حکم براساس مسئله‌ای که در آن اختلاف‌نظر وجود دارد، خلاف اصول فقهی است.

ب) صنعت‌گران و افرادی که اجناس و مواد اولیه و خام را از مالک تحویل می‌گیرند تا آن را به اجناس مصنوع تبدیل کنند، بر اساس نظر بسیاری از فقها، اگر مال مزبور در دست آنان حتی بدون تعدی و تفریط

۱ - «المسلمون عند شروطهم الا کل شرط خالف کتاب‌الله عزوجل لایجوز» (حرعاملی، ۲۱، ۲۷۶).

تلف شود، ضامن خواهند بود در حالی که گفته می‌شود از طرف مالک، اذن داشته‌اند و به عنوان امانت مالکی، آن را در اختیار گرفته‌اند (بجنوردی، ۱/۱۳۲). در این خصوص نیز بسیاری از فقها، حکم مسأله را مختص موردی می‌دانند که شخص عامل به علت خروج از حد اذن و اجازه مالک، موجب ورود خسارت به مال گردد، نه آن‌جا که در حدود اذن، عمل کرده است. بی‌تردید، در صدق عنوان اتلاف، «احراز انتساب تلف به فاعل»، لازم است و لذا چنان‌چه پارچه و یا لباس به آفت سماوی در دست خیاط تلف شود، مسلماً وی شامل ضمان اتلاف نخواهد شد؛ فقها در این‌گونه موارد علاوه بر تأکید بر عدم صدق عنوان «اتلاف»، نسبت به عدم شمول ضمان «تعدی و تقریط»، نیز صراحت دارند و از نظر ایشان متصرف امین، در قبال حوادث غیرمترقبه، هیچ‌گونه مسئولیتی ندارد (محقق داماد، قواعد فقه، ۱۰۸) «عرف» نیز هرگز بروز «تلف سماوی» را موجب انقلاب ید امان به ضمان نمی‌پندارد؛ به عبارتی، از آن‌جایی که بسیاری از فقها، ملاک تشخیص تعدی و تقریط، را «عرف» می‌دانند، بی‌گمان در مواردی که امین به‌طور غیراختیاری و از روی سهو، به دلیل لغزش پا، آسیبی به مال امانی وارد می‌آورد، بنا به نظر عرف، به تبدیل ید امانی به ید عدوانی حکم نکرده و او را مقصر نمی‌شناسند؛ به‌ویژه اگر مسأله از باب تسبیب مورد توجه قرار داده شود؛ چنان‌چه به عنوان مثال به واسطه افتادن امین از بلندی به علت طوفان بر مال امانی، به آن، آسیبی رسد و یا تلف شود، نمی‌توان این‌گونه موارد را از مصادیق تعدی و تقریط به شمار آورد (عمیدزنجانی، ۱۷۳)؛ نایینی و خوانساری نیز در حاشیه بر عروه‌الوثقی عقیده به عدم ضمان وی دارند (محقق داماد، قواعد فقه، ۱۰۸)؛ برخی فقهای شیعه حتی جنایت حاصل از این اعمال را موجب ضمان ندانسته‌اند. (خویی، مبانی تکمله المنهاج، ۲: ۲۲۳).

ج) در عاریه مضمونه که از عقود امانی است، ضمان می‌تواند به مقتضای حکم شرع در عاریه طلا و نقره و یا به مقتضای شرط در ضمن عقد عاریه وجود داشته باشد. این درحالی است که به‌نظر مشهور فقها، مجوز اشتراط ضمان در بطن عاریه مضمونه به دلیل «نص خاص شرعی» صورت گرفته است؛ لذا از نظر این گروه از فقها، امکان اخذ «وحدت ملاک» و تسری آن به سایر عقود امانی منتفی است. زیرا در غیر این صورت باید به جواز اشتراط ضمان در «عقد ودیعه» نیز قائل شد و این درحالی است که خلاف مذاق شارع بودن آن (در نظر فقها)، امری کاملاً واضح است (صاحب جواهر، ۲۷/۲۱۷).

به نظر می‌رسد بزرگ‌ترین مانع صحت شرط ضمان امین، ادعای «خلاف اقتضای امانت» بودن آن است که موافقان شرط مذکور تلاش می‌کنند با ایرادات متعددی از جمله محدود نمودن قلمرو قاعده استیمان به عدم اقتضای ضمان و نیز مضیق نمودن دایره امین صرفاً به مستودع در عقد ودیعه و حذف

وصف امین از سایر عقود امانی نظیر اجاره، مضاربه و شرکت و نیز این بیان که اذن مالک، تنها «حرمت» یا «حکم تکلیفی» را برمی دارد و شرط، صرفاً «حکم وضعی ضمان» را اثبات می کند، لذا تعارضی میان اذن امانی و شرط ضمان وجود ندارد، از قدرت دومین مستند بکاهند؛ لکن مخالفان با استناد به «اطلاق و عموم» واژگان قاعده استیمان که نص صریح روایات متواتر صحیح السند است و استناد به «شبهه مصداقیه» بودن شرط مذکور و عدم جواز رجوع به «ادله وجوب وفای به شرط» و رد امکان «تراحم» و نیز با استناد به «شهرت فتوایی» و «اصل عملی» (همان) بر نظرات موافقان خدشه وارد نموده و از جمله اثبات می کنند عموم «قاعده علی الید»، ید امین را نیز دربر می گیرد و «ظهور» آن اقتضا دارد که امین نیز ضامن مال امانی باشد؛ پس حال که به دلیل قاعده استیمان، وی ضامن نیست، مقتضی آن «عدم ضمانت» است نه اینکه در آن، اقتضایی نسبت به ضمان نباشد و نیز ایشان بر کلیه شواهدی که گروه نخست بر رد ملازمه امان و عدم ضمان ارائه می کنند، مناقشه وارد نموده و تجویز اشتراط ضمان در «عقد عاریه» را نیز بنا به «دلیل خاص» دانسته و بر «حرمت قیاس» در تنقیح مناط و تسری آن به موارد مشابه تاکید ورزیده اند.

۳-۳. شرط ضمان خلاف اقتضای مالکیت و نیابت

برخی از فقها، شرط ضمان را نه از جهت «مخالفت با مقتضای امانت»، بلکه از جهت «مخالفت با مقتضای ملکیت و نیابت» در ساختار این قرارداد، باطل می دانند. (یزدی، حاشیه المکاسب، ۲/ ۱۱۵). به نظر ایشان، حقیقت ملکیت مال باعث می شود تا دُرک و خسارت وارده بر عهده مالک باشد و نمی توان این معنا را در قالب «شرط جبران خسارت»، برای غیر مالک قرار داد. به عبارتی؛ دست امین و سلطه او بر مال به منزله ید مالک است؛ بنابراین ضامن قرار دادن امین نیز بدین مفهوم است که مالک را ضامن تلف مال خود سازیم یا خسارت تلف مال مالک را از دیگری مطالبه کنیم. چنین نتیجه ای را قانون گذار جز در مورد «غصب» مال دیگری نمی پذیرد.

در «عقد مضاربه» نیز عامل به نیابت از طرف مالک، تجارت می کند و اثر اساسی عقد نیز اعطای همین نمایندگی از طرف مالک به وی است. معنی انعقاد قرارداد از طرف نماینده این است که پیمان را او می بندد ولی آثار این پیمان، دامن گیر اصیل و مالک سرمایه می شود، عامل نیز صرفاً نماینده به حساب می آید و از زیان های ناشی از تجارت مصون است. زیان های وارده در فعالیت های ناشی از عقد مضاربه، در مرحله اول باید از سود حاصل از تجارت و در مرحله دوم از سرمایه و سرانجام از دارایی مالک جبران شود. پس اگر شرط شود که خسارت متوجه مالک نخواهد شد، بدین معنی است که آثار معامله در دارایی نماینده ظاهر شود و این نتیجه با مفهوم نیابت مخالف است. (کاتوزیان، حقوق مدنی (مشارکتها - صلح)،

یکی از مهم‌ترین دلایل مخالفت با تضمین سرمایه در «عقد شرکت» نیز همین مفهوم «تبعیت سود و زیان از سرمایه» است که در قالب یک اصل یا قاعدة فقهی، رخ نموده است. این قاعده، در کتب فقهی، تحت عناوین مختلفی نظیر «من له الغنم فعليه الغرم»، «الخارج بالضمان»، «النعمة بقدر النعمة» و «الربح و النماء تابعان لرأس المال» نیز یاد شده است (مصطفوی، ۲۸۴) و قواعدی مثل «ملازمة ملكیت و ضمان»، «ملازمة ملكیت و منافع» و «ملازمة ضمان و منافع» از آن، منتج می‌شود؛ براساس این قاعده، سود و زیان از آن مالک مال است و نیز از قاعدة مذکور این مطلب استفاده می‌شود که منفعت مال از آن هرکس باشد، زیان مال نیز متوجه او خواهد بود. به عبارتی، این قاعده، تحمّل ریسک را جزء جدایی‌ناپذیر از کسب سود می‌داند.

اشکالی که در این جا مطرح شده، استناد به «قاعدة فقهی اقدام» است که براساس آن، شخص می‌تواند با علم و قصد و رضا، ضرر و ضمانی را علیه خویش بپذیرد؛ مانند اینکه کالایی را با قیمتی بالاتر از قیمت متعارف بخرد یا آن را به دیگری دهد که در دریا بیندازد. در این صورت هیچ‌کس ضامن خسارت وارده بر او نخواهد بود (محمدی، ۲۱۲). برخی معتقدند قاعدة اقدام، موضوع قاعدة ملازمة بین ملكیت و ضمان را توضیح کرده است و مواردی مانند تضمین زیان به وسیله یکی از شریکان (در عقد شرکت یا عامل در مضاربه)، از موضوع آن خارج می‌شود (نظریور و دیگران، ۱۲۵).

پاسخ: همان‌طور که قلمرو «قاعدة تسلیط^۱» محدود به حدود قانونی و شرعی است، قلمرو حکومت «قاعدة اقدام» نیز تا جایی است که با مانع «قواعد آمره» مواجه نشود. توجه به این نکته ضروری است که براساس روایات صحیح‌السندی^۲ که مستند فتاوای بسیاری از فقهای شیعه^۳ قرار گرفته است، اشتراط شرط ضمان در ضمن عقد مضاربه، باعث انقلاب ماهیت آن به عقد قرض می‌شود و نیز با استناد به برخی روایات معتبر^۴، در عقد قرض، کوچک‌ترین شرط نفع برای مالک، ربا و حرام است. پس مضارب، با

۱ - «قاعدة تسلیط» موضوع ماده ۳۰ قانون مدنی است: «هر مالکی نسبت به مایملک خود حق هرگونه تصرف و انتفاع را دارد، مگر در مواردی که «قانون» استثنا کرده باشد.»

۲ - در صحیح محمد بن قیس از امام محمد باقر (ع) به نقل از امام علی (ع) آمده است: «من ضمن تاجراً فلیس له الا رأس ماله و لیس له من الربح شیء» «کسی که تاجری را ضامن قرار دهد، او حقی بر تاجر ضامن، غیر از اصل سرمایه ندارد و چیزی از سود به او تعلق نمی‌گیرد.» (حرعاملی، ۱۹، ۲۲-۲۱؛ کلینی، ۵، ۲۴۰). این روایت از چند طریق در وسائل‌الشیعه آمده است و علمای علم رجال و حدیث آن را «صحیح» برآورد نموده‌اند.

۳ - از جمله علمایی که شرط ضمان عامل را باعث تبدیل عقد مضاربه به عقد قرض می‌دانند: (ابن‌زهره، ۲۶۷)؛ (ابن‌ادریس، ۲/ ۴۰۹)؛ (کیدری، ۲۶۴)؛ (محقق‌حلی، ۱/ ۱۴۷)؛ (بحرانی، ۲۱/ ۲۰۲)؛ (بحرانی، ۱۲/ ۷۶)؛ (طباطبایی، ۹/ ۳۳۳)؛ (نراقی، ۱/ ۴۲۴)؛ (صدر، اقتصادنا، ۵۷۴-۵۷۳)؛ (فیض‌کاشانی، ۱۸/ ۸۸۰)؛ (گلپایگانی و مکارم شیرازی، العروة الوثقی مع التعليقات، ۲/ ۵۵۸) و (علامه مجلسی، ۱۱/ ۳۳۹ و ۳۴۳) که علامه می‌فرماید: «قوله (ع): «من ضمن مضاربه أی، شرط علیه الضمان و لعل وجه الحكم إنه خرج حیثین عن حکم المضاربه و صار قرضاً».

۴ - حضرت رسول اکرم (ص) می‌فرماید: «کل قرض یجرّ منفعه فهو حرام» (علامه‌حلی، ۱۳/ ۲۷). این حدیث از طرق دیگر و نیز با تغییراتی

پذیرش شرط ضمان در عقد مضاربه، تاجایی می‌تواند به ضرر خود اقدام نماید که معادل مثل یا قیمت رأس المال باشد که همان مفاد عقد قرض (تملیک بالضمن) است؛ اما اقدام به پرداخت بیشتر از رأس المال تحت عنوان سود سرمایه با مانع ربا مواجه می‌شود که به دلیل منع صریح شارع، خلاف قواعد و مقررات امری و مخالف نظم عمومی است و امکان تراضی و اقدام برخلاف آن وجود ندارد؛ چنانچه اقدام به «معامله غری» ولو از روی علم و آگاهی، آن را صحیح و قانونی نمی‌سازد. همچنانکه در اسراف و اتلاف بیهوده مال نیز چنین وضعیتی حاکم است. گفتنی است برخی از اساتید، غیرطبیعی بودن «ربا» را ناشی از نقض «قاعده ملازمة ملکیت و سود و زیان» می‌دانند (مطهری، ۴۲).

تأکید بر این نکته ضروری است که در هر حال صدور مجوز اقدام به عامل علیه خود در حد رأس المال (صدور امکان اشتراط ضمان عامل ضمن عقد مضاربه) ماهیت عقد مذکور را به عقد قرض دگرگون می‌نماید و واقعیت دیگر آن است که نیت در مضاربه تضمینی غیر از قرض نیست. بنابه نظر فقها، شرط ضمانت باعث تبدیل مضاربه به قرض می‌شود و اشکال خلاف «قاعده ما قصد لم یقع و ماوقع لم یقصد» بودن این عقد، وارد نیست؛ زیرا قرض چیزی جز اعطای مال و تضمین خسارت نیست که همراه با وضع ضمان عامل، محقق می‌شود؛ لذا بعد از ورود نص مذکور و اقتضای عدم ضمان داشتن عقد مضاربه، تعلیل به خلاف اقتضای ذات عقد نبودن شرط ضمان، استدلالی غیرتام است (مکارم‌شیرازی، به نقل از العروه الوثقی مع التعليقات، ۲، ۵۵۸). برخی نیز معتقدند حتی اگر لفظ و معنا، هر دو بر عقد خاصی تعلق بگیرد، چه بسا «فهم عرفی»، قرارداد را از حالتی به حالت دیگر تغییر می‌دهد و این امری واضح است که شارع، در خطاب‌های خود، «عرف» را مخاطب قرار داده است و «عرف»، موضوعات و مصادیق را تشخیص می‌دهد و مدالیل خطاب‌های شارع را درک می‌کند (تسخیری، ۱۶)؛ لذا در صورتی که قصد اصلی شخص سرمایه‌گذار از توسل به شرط ضمان عامل، بهره‌خواهی در عین تضمین اصل سرمایه خویش باشد، هر چند عقد، عنوان مضاربه را یدک کشد، اما «عرف»، برداشتی جز «عقد قرض ربوی» از توافق طرفین نخواهد داشت.

نتیجه‌گیری

۱. مشهور فقها با استناد به مستندات فوق، خصوصاً «خلاف مقتضای ذات عقد» بودن، قائل به «باطل» و «مبطل» بودن شرط مذکور بوده و اشتراط ضمان را چه در قالب «شرط فعل» و چه در قالب

نقل شده است: «أن كل قرض یجر منفعه فهو فاسد» (کلینی، ۵/ ۲۵۵) و نیز در کتاب خلاف از قول معصوم (ع) نقل گردیده است: «كل قرض جر منفعه فهو ربا» (طوسی، ۳/ ۱۷۴).

«شرط نتیجه»، «مفسد» عقد می‌دانند. گروهی دیگر با اذعان به «خلاف مقتضای اطلاق عقد» بودن و «خلاف شرع» بودن آن، تنها به «بطلان» شرط ضمان عامل و صحت عقد فتوا داده و گروه اندکی از فقها نیز قائل به صحت شرط ضمان در قالب «شرط فعل» می‌باشند و این درحالی است که اطلاق «صحیحه محمد بن قیس» که اشتراط ضمان تاجر را عامل «انقلاب ماهیت» عقد مضاربه به عقد قرض ربوی می‌داند، «تضمین» را در هر دو حالت شرط نتیجه و شرط فعل دربرمی‌گیرد. به عبارتی، پذیرش این روایت صحیح‌السند، موجب «حرمت» بهره‌وری مالک سرمایه از سود حاصل، حتی در صورت اشتراط ضمان عامل در قالب «شرط فعل» است.

۲. از منظر حقوقی نیز ماده ۵۵۸ ق.م. در خصوص «عقد مضاربه» مقرر می‌دارد: «اگر شرط شود که مضارب ضامن سرمایه خواهد بود و یا خسارات حاصله از تجارت متوجه مالک نخواهد شد، عقد باطل است؛ مگر اینکه بطور لزوم شرط شده باشد که مضارب از مال خود به مقدار خسارت یا تلف مجاناً به مالک تملیک کند.» مقایسه حکم صدر و ذیل ماده مذکور در نگاه اولیه ممکن است هر خواننده‌ای را به شگفتی واداشته و او را به تجویز حيله یا تقلب توسط قانون‌گذار برای دستیابی به حکم صحت عقد مذکور رهنمون سازد؛ امری که متأسفانه در تاریخ تقنین ایرانی، بی‌سابقه نیست؛ چنانچه ماده ۶۵۳ ق.م. را می‌توان نمونه‌ای از دور زدن «قانون ممنوعیت ربا» توسط قوانین گذشته معرفی کرد که به‌دست قانون‌گذار پس از انقلاب نسخ گردید. به موجب ماده مذکور: «مقترض می‌تواند به وجه ملزومی به مقرض وکالت دهد در مدتی که قرض بر ذمه او باقی است مقدار معینی از دارایی مدیون را در هر ماه یا در هر سال، مجاناً به خود منتقل نماید.»؛ اما استنباط صاحب‌نظرانی که مسلط به سوابق فقهی متون قانونی هستند، این است که دو حکم ابتدا و انتهای ماده مذکور از نظر عدم امکان ایجاد «حق دینی یا ذمی» بر عهده‌امین، یکسان بوده و به عبارت دیگر، حکم اخیر ماده، از قابلیت ایجاد «حکم وضعی ضمان» بر ذمه عامل، قاصر است. براساس این رویکرد، نتیجه اشتراط قسمت دوم ماده فوق، صرفاً «وعده‌ای جایز» است که مفاد آن بنا به نظر مشهور فقها، چیزی جز «حکم تکلیفی محض» بر عهده مضارب نخواهد بود.

۳. هرچند شورای پول و اعتبار در ماده ۱۲ دستورالعمل اجرایی مضاربه از سلسله آیین نامه‌های اجرایی قانون عملیات بانکی بدون ربا در خصوص قرارداد مضاربه مصوب ۱۳۶۳ شرط ضمان را در قالب عقد صلح تجویز نموده و ظاهراً به این مبحث جنبجالی خاتمه داده است؛ اما باید توجه داشت که آیین نامه از نظر سلسله مراتب قانونی ذیل قانون عادی قرار می‌گیرد و نمی‌تواند خلاف قانون عادی (م ۵۵۸ قانون مدنی) وضع شود و نیز اینکه برای تجویز و تصویب معاملات نظام مالی و بانکی که دائر مدار سایر مؤلفه‌های اقتصادی هستند بایستی از عقود که مشروعیت آنها مسلم و مورد اتفاق است، استفاده شود تا

روابط اقتصادی میلیون‌ها انسان مسلمان بر پایه امور شبهه‌انگیز یا مورد اختلاف در اصل مشروعیت، بنا نشود و همچنین از آن‌جا که تمام فعالیت‌های اقتصادی به طور طبیعی با نوعی مخاطره همراه است، پذیرش عدم مسئولیت سرمایه‌گذار و بیمه نمودن سرمایه او از تمام خطرات و متوجه نمودن همه ریسک به عامل نیروی کار (سرمایه‌پذیر)، نظامی بسیار شبیه به «سیستم ربوی» و سلطه ظالمانه عامل سرمایه بر اقتصاد را فراهم خواهد ساخت خصوصاً اینکه شارع بر فهم «عرف» از نوع قرارداد، صحه گذارده است و قضاوت عرف از اینگونه قراردادهای مشروط به جبران خسارت، چیزی جز معامله ربوی نیست؛ لذا حتی اگر بتوان با کمک باهوش‌ترین مشاوران حقوقی و تمامی ظرفیت فقهی، تمام جزئیات قراردادهای مطلوب بانکی را با قوانین حقوقی و شرعی در زمینه‌ی مشارکت، هماهنگ کرد؛ اما آنچه در صحنه‌ی واقعیت و عمل رخ می‌دهد، قطعاً فاقد آثار و نتایج یک قرارداد مشارکت در اقتصاد واقعی است؛ و اگر در «فقه فردی» با توسل به عناوین مختلف فقهی و حقوقی مانند صلح، بیمه و جعاله و...، بتوان قراردادهای شرعی مذکور را در خدمت اهداف ناعادلانه خرده نظام‌های سرمایه‌داری بانک، بورس و بیمه قرار داد، از نگاه کلان «فقه اجتماعی»، تجویز شرط ضمان عامل، غیرقابل توجیه به نظر می‌رسد.

منابع

- ابن ادریس، محمد بن احمد، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ دوم، ۱۴۱۰ ق.
- ابن زهره، حمزة بن علی، *غنیة النزوع إلى علمی الأصول والفروع*، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، چاپ اول، ۱۴۱۷ ق.
- ابن فهد حلی، احمد بن محمد، *المهذب البارع فی شرح المختصر النافع*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۰۷ ق.
- ابن حمزه، محمد بن علی، *الوسيلة*، مصحح: محمدحسون، قم، انتشارات کتابخانه آیت‌الله مرعشی، ۱۴۰۸ ق.
- ابن رشد، محمد بن احمد، *بدایه المجتهد و نهایه المقصد*، قاهره، دارالحدیث، مصر، ۱۴۲۵ ق.
- ابن قدامه، عبدالله بن احمد، *المغنی*، مکتبه القاهره، چاپ سوم، ۱۳۸۹ ق.
- باریکلو، علی‌رضا، «شرط ضمان امین در فقه امامیه»، *مجله مطالعات اسلامی*، ش ۶۷، (۱۳۸۴).
- باقری، احمد و بهمن‌پوری، عبدالله، «نقد و بررسی ادلة بطلان شرط ضمان مستأجر»، *مجله حقوق*، دوره ۳۸، پاییز، شماره ۳، صص ۴۳-۵۶، (۱۳۸۷).
- بجنوردی، محمد بن حسن، *قواعد فقهیه*، تهران - ایران، مؤسسه عروج، چاپ سوم، ۱۴۰۱ ق.

شماره ۱۲۱	فقه و اصول	۹۴
بحرانی، آل عصفور، حسین بن محمد، <i>الأنوار اللوامع فی شرح مفاتیح الشرائع</i> (للفیض)، قم، مجمع البحوث العلمیة، چاپ اول، بی تا.		
بحرانی، یوسف بن احمد، <i>الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة</i> ، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۰۵ ق.		
البغدادی الحنفی، ابو محمد غانم بن محمد، <i>مجمع الضمانات</i> ، دارالکتب الاسلامی، بی تا.		
تسخیری، محمدعلی، «جایگاه الفاظ و معانی در قراردادهای مالی»، <i>مجله اقتصاد اسلامی</i> ، شماره ۱۸، صص ۱۱-۳۴. (۱۳۸۴).		
_____، <i>مضاربه</i> ، تهران، کتابخانه گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۸۴.		
حرّ عاملی، محمد بن حسن، <i>وسائل الشیعة</i> ، قم - ایران، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، چاپ اول، ۱۴۰۹ ق.		
حکیم، محسن، <i>مستمسک العروة الوثقی</i> ، قم، مؤسسه دار التفسیر، چاپ اول، ۱۴۱۶ ق.		
_____، <i>منهاج الصالحین</i> (المحتشی للحکیم)، بیروت، دارالتعارف للمطبوعات، چاپ اول، ۱۴۱۰ ق.		
خرازی، محسن، «پژوهشی در اقسام بانک و احکام آن»، <i>مجله فقه اهل بیت</i> ، بهار، شماره ۴۵، صص ۲۷-۵۴. (۱۳۸۵).		
خطابی، حمد بن محمد، <i>معالم السنن</i> ، وهو شرح سنن أبی داود، حلب، سوریه، المطبعة العلمیة، ۱۳۵۱ ق.		
الخلیفی، عبدالعزیز، <i>ضمان المضارب فی ضوء تجربه المصارف الإسلامیة</i> ، مجله دارالحديث الحسني، العدد ۱۲، صص ۱۰۴-۹۵. ۱۴۱۵ ق.		
خمینی، روح الله، <i>تحریر الوسيله</i> ، ۲ جلد، قم، مؤسسه مطبوعات دار العلم، چاپ اول، ۱۳۷۹.		
خوانساری، احمد بن یوسف، <i>جامع المدارک فی شرح مختصر النافع</i> ، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۰۵ ق.		
خوئی، ابو القاسم، <i>المستند فی شرح العروة الوثقی</i> ، (مبحث الإجارة)، بی تا.		
_____، <i>مبانی العروة الوثقی</i> ، قم، منشورات مدرسة دار العلم - لطفی، چاپ اول، ۱۴۰۹ ق.		
_____، <i>مبانی تکملة المنهاج</i> ، قم، مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئی ره، چاپ اول، ۱۴۲۲ ق.		
_____، <i>مصباح الفقاهة</i> (المکاسب)، بی تا.		
الدبیان، دبیان بن محمد، <i>المعاملات المالیة اصاله و معاصره</i> ، ریاض، انتشارات، مکتبه الملك فهد الوطنیه، عربستان سعودی، ۱۴۳۲ ق.		
رستگار جویباری، محی الدین، «حدود مسئولیت امین در عملیات بانکی غیر ربوی»، <i>مجله فقه</i> ، سال چهاردهم، شماره ۵۳، صص ۱۶۴-۱۴۰. (۱۳۸۶).		
سنهوری، عبدالرزاق احمد، <i>مصادر الحق فی الفقه الاسلامی</i> ، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۹۵۴ م.		

- شمس الائمه سرخسی، محمد بن احمد، *المبسوط*، بیروت، دارالمعرفه، ۱۴۱۴ ق.
- شهید اول، محمد بن مکی، *اللمعة الدمشقية فی فقه الإمامیة*، بیروت، دارالتراث - الدار الإسلامية، چاپ اول، ۱۴۱۰ ق.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی، *الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقية* (المحشی - کلاتر)، قم - ایران، کتابفروشی داوری، چاپ اول، ۱۴۱۰ ق.
- صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام*، بیروت - لبنان، دار إحياء التراث العربی، هفتم، ۱۴۰۴ ق.
- صادقی، علی اکبر، «شرط ضمان مستأجر»، *مجله تحقیقات حقوقی*، شماره ۱۳ و ۱۴، صص ۲۸-۷ (۱۳۷۲).
- صدر، محمد باقر، *اقتصادنا*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی - شعبه خراسان، چاپ اول، ۱۴۱۷ ق.
- _____، *البنک اللاریبی*، بیروت - لبنان، دار التعارف للمطبوعات، چاپ هفتم، ۱۴۰۱ ق.
- صفّار، محمد جواد، «نقد و تحلیل حقوقی ماده ۵۵۸ قانون مدنی پیرامون شرط ضمان مضارب»، *نامه مفید*، شماره چهاردهم، تابستان، ۱۳۷۷.
- طباطبایی، علی بن محمد حائری، *ریاض المسائل فی تحقیق الأحکام بالدلائل*، قم، مؤسسه آل البيت (علیهم السلام)، مصحح، محمد بهره مند و دیگران، چاپ اول، ۱۴۱۸ ق.
- طوسی، محمد بن حسن، *الخلاف*، ۶ جلد، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۰۷ ق.
- _____، *المبسوط فی فقه الإمامیة*، المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، تهران - ایران، سوم، ۱۳۸۷ ق.
- عاملی، جواد بن محمد، *مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه* (ط - الحديثه)، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۹ ق.
- علامه حلّی، حسن بن یوسف، *تذکره الفقهاء* (ط - الحديثه)، قم - ایران، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، اول، ۱۴۱۴ ق.
- _____، *قواعد الأحکام فی معرفة الحلال و الحرام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۳ ق.
- علوی رضوی، یحیی، «شرط ضمان عامل در قرارداد مضاربه»، *فصلنامه علمی پژوهشی اقتصاد اسلامی*، سال نهم، شماره ۳۳، بهار، صص ۱۷۸-۱۶۱.
- عمیدزنجانی، عباسعلی، *موجبات ضمان*، چاپ دوم، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۹.
- فیض کاشانی، محمد محسن بن شاه مرتضی، *الوافی*، مصحح، ضیاء الدین حسینی اصفهانی، اصفهان، کتابخانه امام امیر المؤمنین علی علیه السلام، چاپ اول، ۱۴۰۶ ق.

۹۶	فقه و اصول	شماره ۱۲۱
اول، بی تا. _____، مفاتیح الشرائع ، قم، انتشارات کتابخانه آیة الله مرعشی، چاپ قم، انتشارات محلاتی، چاپ اول، ۱۴۲۳ ق.		
قمی، تقی طباطبائی، الغایة القصوى فی التعلیق علی العروة الوثقی - کتاب المضاربة ، تک جلدی، کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی؛ مشارکت ها - صلح ، چاپ پنجم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۹.		
_____، قواعد عمومی قراردادها ، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ سوم، ۱۳۸۰.		
_____، نظریه عمومی تعهدات ، تهران: نشر دادگستر، ۱۳۷۹.		
کاشانی، محمود، «نارسیای های حقوقی بانکداری در ایران»، مجله تحقیقات حقوقی ، پاییز و زمستان، شماره ۴۲، صص ۶۸-۹. (۱۳۸۴).		
کرکی، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد ، قم - ایران، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، دوم، ۱۴۱۴ ق.		
کلینی، محمد بن یعقوب، الکافی (ط - الإسلامية)، تهران، دار الکتب الإسلامية، چاپ چهارم، ۱۴۰۷ ق.		
کیدری، محمد بن حسین، إصباح الشیعة بمصباح الشریعة ، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، چاپ اول، ۱۴۱۶ ق.		
مامقانی، محمد حسن بن عبد الله، غایة الامال فی حاشیة المکاسب مع نهاية المقال فی تکملة غایة الامال ، قم، مطبع ثامن الحجج (ع)، ۱۴۲۳ ق.		
ماوردی، علی بن محمد، الحاوی الکبیر فی فقه مذهب الإمام الشافعی وهو شرح مختصر المنزی ، المحقق، الشیخ علی محمد معوض و الشیخ عادل أحمد عبد الموجود، بیروت، دار الکتب العلمیة، ۱۴۱۹ ق.		
مجلسی، محمدباقر بن محمدتقی، ملاذ الأخیار فی فهم تهذیب الأخبار ، قم، انتشارات کتابخانه آیة الله مرعشی، ۱۴۰۶ ق.		
محبوبی، سید نصرالله، «بررسی شرط ضمان امین با تکیه بر ضمان مستأجر»، مجله مطالعات اسلامی، فقه و اصول ، سال چهل و پنجم، شماره پیاپی ۹۴، پاییز، صص ۱۴۲-۱۲۳. ۱۳۹۲.		
محقق حلّی، جعفر بن حسن، المختصر النافع فی فقه الإمامیة ، قم، مؤسسه المطبوعات الدینیة، چاپ ششم، ۱۴۱۸ ق.		
محقق داماد، مصطفی، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی ، چاپ سوم، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی. ۱۳۹۳.		
_____، قواعد فقه (بخش مدنی، مالکیت و مسئولیت)، چاپ چهل و چهارم، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۹۳.		

- مراغی، میر عبد الفتاح بن علی، *العناوین الفقهیة*، قم - ایران، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۷ ق.
- مرداوی، علی بن سلیمان، *الإنصاف فی معرفة الراجح من الخلاف*، دار إحياء التراث العربی، بی تا.
- مصطفوی، محمدکاظم، *مأه قاعده فقهیه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ چهارم، ۱۴۲۱ ق.
- مطهری، مرتضی، *مسئلة ريا و بانک*، تهران، انتشارات صدرا، چاپ بیست و دوم، ۱۳۹۳.
- مکارم شیرازی، ناصر، *القواعد الفقهیة*، قم، مدرسه امام امیر المؤمنین (علیه السلام)، چاپ سوم، ۱۴۱۱ ق.
- نائینی، محمد حسین، *منیة الطالب فی حاشیة المکاسب*، تهران - ایران، المكتبة المحمدیة، ۱۳۷۳ ق.
- نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی، *رسائل و مسائل (للنراقی)*، قم، کنگره نراقیین، ملاً مهدی و ملاً احمد، چاپ اول، ۱۴۲۲ ق.
- _____، *عوائد الأيام فی بیان قواعد الأحکام*، در یک جلد، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۷ ق.
- نظرپور، محمد مهدی و خوش اخلاق، مهدی، «بررسی فقهی تضمین سرمایه در اوراق مشارکت»، *فصلنامه علمی پژوهشی اقتصاد اسلامی*، سال سیزدهم، شماره ۵۰، (۱۳۹۲).
- نوری، حسین بن محمد تقی، *مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل*، بیروت - لبنان، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، چاپ اول، ۱۴۰۸ ق.
- یزدی، محمد کاظم طباطبایی، *العروة الوثقی*، بیروت - لبنان، مؤسسة الأعلمی للمطبوعات، چاپ دوم، ۱۴۰۹ ق.
- _____، *العروة الوثقی مع التعليقات*، قم، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، چاپ اول، ۱۴۲۸ ق.
- _____، *حاشیة المکاسب*، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۲۱ ق.



واکاوی تاریخی قاعده عدم جواز اشتراط خيار در ایقاعات با رویکرد به آراء انتقادی صاحب عروه*

دکتر سید علی جبار گلباغی ماسوله
استادیار دانشگاه آزاد اسلامی واحد لاهیجان
Email: pm.sadra87@gmail.com

دکتر عباسعلی سلطانی^۱
دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد
Email: soltani@um.ac.ir

دکتر محمد تقی فخلعی
استاد دانشگاه فردوسی مشهد
Email: fakhlai@um.ac.ir

چکیده

مشهور فقیهان شیعه، عدم اشتراط خيار را در ایقاعات، یکی از قواعد عمومی ایقاعات می‌شمارد. چگونگی شکل‌گیری این قاعده، در گذر زمان، سخن از فقیهانی که در این روند، سهم می‌باشند، بیان دستاویزهای مشهور برای بنای چنین قاعده‌ای و نقدی که صاحب عروه، بر این دستاویزها روا می‌دارد و دلایلی که وی، در انکار قاعده مذکور و رواج دیدگاهی نو، ارائه می‌دهد، عمده مطالبی هستند که مقاله حاضر با نگاهی تاریخی، در قالب پژوهشی فقیه محور، به آن‌ها اهتمام می‌ورزد، تا از این رهگذر، در این بخش از قواعد عمومی ایقاعات، به واقعیاتی از تاریخ فقه شیعه آگاهی بخشد.

کلیدواژه‌ها: خيار، خيار شرط، اشتراط خيار در ایقاع.

*. مقاله پژوهشی؛ تاریخ وصول: ۱۳۹۴/۰۲/۳۰؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۵/۰۲/۰۵.

۱. نویسنده مسئول

Historical Analysis of the Rule of Non-Permissibility of Stipulation of Option in Unilateral Legal Acts with an Approach to Saheb Orwa's Critical Opinions

Sayyed Ali Jabbar Golbaghi Masuleh, Ph.D. Assistant Professor, Islamic Azad University, Lahijan Branch

Abbas Ali Soltani, Ph.D. Associate Professor, Ferdowsi University of Mashhad (corresponding author)

Mohammad Taghi Fakhlaei, Ph.D. Professor, Ferdowsi University of Mashhad

Abstract

The famous Shiite jurists consider the non-permissibility of stipulation of options in unilateral legal acts as one of the general rules applicable to them. The formation of this rule over time, the jurists who contributed to this trend, explaining the famous jurists' arguments for establishing this rule and the critique by Saheb Orwa to these arguments and the reasons presented by him to deny the above said rule and popularize a new perspective are the main topics dealt with in this paper with a historical approach in the form of a jurist-based research in order to inform about certain facts of the history of Shiite jurisprudence in this section of the general rules of unilateral legal acts.

Keywords: option, option of conditions, stipulation of option in unilateral legal acts.

مقدمه

انحلال أعمال فقهی حقوقی، از مباحث بخش قواعد عمومی فقه معاملات به شمار می‌آید. خيار، یکی از نهادهای انحلال معاملات و شرط خيار نیز یکی از گونه‌های خيار می‌باشد که به گواهی ادبیات فقه شیعه، درباره جریان آن در نوع عقود، تردیدی وجود ندارد؛ اما اینکه آیا می‌توان نهاد شرط خيار را در ایقاعات نیز جاری دانست، دانشیان فقه شیعه درباره آن، به تردید، سخن می‌گویند.

تاریخ ادبیات فقه معاملات، نمایان می‌سازد تا زمان صاحب عروه، قاطبه فقیهان شیعه، به عدم جریان شرط خيار در ایقاعات، باور دارند. محقق یزدی، بر خلاف مشهور دانشیان فقه شیعه، به صراحت، از جواز خيار شرط در ایقاعات، سخن می‌راند و به نقد دیدگاه رایج پیش از خود، روی می‌آورد. امروزه، تاریخ ادبیات فقه شیعه، دیدگاه جواز شرط خيار در ایقاعات را به نام محقق یزدی می‌شناسد.

روند شکل‌گیری و سیر تاریخی قاعده عمومی عدم جواز شرط خيار در ایقاعات، دستاویز مشهور برای گرایش به بطلان خيار شرط در ایقاعات، دلایل صاحب عروه برای ارائه دیدگاه جواز شرط خيار در ایقاعات و نقد وی بر دیدگاه مشهور، پرسش‌هایی هستند که پاسخ به آن‌ها، فرضیه پژوهشی بنیادی را سامان می‌دهد که دارای نگاهی تاریخی، ساختاری شخص محوره، بهره‌مند از شیوه کتاب‌خانه‌ای و برخوردار از روش توصیفی تحلیلی می‌باشد و نوشتار پیش‌رو نیز با گزارش آن، چنین اهتمام دارد که از رهگذر واکاوی تاریخی قاعده عمومی عدم جواز اشتراط خيار در ایقاعات و بیان رویکرد صاحب عروه در نقد دیدگاه مشهور، به تبیین این بخش از تاریخ فقه شیعه، یاری رساند.

پیشینه‌شناسی

بررسی مجموعه‌های احادیث فقهی شیعه، از وجود روایاتی گزارش می‌دهد که می‌توان از آن‌ها، برای جواز شرط و خيار شرط در ایقاع، سود جست (کلینی، ۱۷۹/۶، ح ۱، ۲، ۳، ۴؛ صدوق، ۱۱۶/۳ - ۱۱۷، ح ۳۴۴۶، ۳۴۴۷، ۳۴۴۸، ۱۲۷، ح ۳۴۷۵؛ طوسی، التهذیب، ۲۲۲/۸، ح ۲۸، ۲۹، ۳۰، ۲۳۷ ح ۹۰)؛ روایاتی که نوعاً، از احادیث صحاح، حسان و موثقات خوانده می‌شوند و اگر در این میان، گاه، سند روایتی هم از منظر برخی، ضعیف به شمار می‌آید، نوعاً، فقهای امامیه به آن، عمل کرده‌اند (مجلسی، روضة المتقین، ۲۹۱/۶ - ۲۹۲، ۳۱۴؛ مجلسی، مرآة العقول، ۲۹۵/۲۱ - ۲۹۶؛ ملاذ الأخیار، ۴۳۷/۱۳ - ۴۳۸، ۴۷۳)؛ هرچند که از این روایات، جواز شرط خيار را در ایقاعات، استنباط نمی‌کنند.

آری، در موثقه اسحاق بن عمار (کلینی، ۱۷۹/۶، ح ۳؛ طوسی، التهذیب، ۲۲۲/۸، ح ۲۸) شرطی بیان می‌شود که برخی از فقیهان، به آن، عمل نمی‌کنند و گاه، این اعراض را به مشهور، نسبت می‌دهند

بررسی نوشته‌های فقهی، نشان می‌دهد، ظاهراً، نویسنده کتاب مصابیح، از نخستین فقیهانی است که در اصطیاد این تفسیر توسیعی، قلم می‌فرساید (طباطبائی، ۳۳۷) و دیگر فقیهانی نیز که پس از صاحب مصابیح، به عدم جریان خیار شرط در ابقاعاتی می‌گرانند، به پیروی از او و بدون اینکه از وی، نامی برند،

به بیان این تفسیر توسیعی، روی می‌نهند (عاملی، ۱۴/۲۱۸؛ صاحب جواهر، ۶۴/۲۳؛ انصاری، ۵/۱۴۸). به نظر می‌رسد، باورمندی به انحصار خيارات در عقود و پرچمداری قاعده عدم جواز اشتراط خيار در ایقاعات، در ارائه و بازگویی چنین تفسیری، بی‌تأثیر نیست.

واکاوی عبارت: «و أمّا الطلاق، فلیس بعقد، فلا بدخلة الخياران معاً» در کتاب سرائر ابن ادریس، ناپذیرفتنی بودن تفسیر فقیهان مذکور را نمایان می‌سازد و آشکار می‌گرداند که ابن ادریس، در کاربرد جمله: «فلیس بعقد»، به هیچ رو، به بیان علت عدم جریان خيار شرط در ایقاعات، نظر ندارد، بلکه اهتمام وی، تنها، به زدودن گمانه‌ای معطوف می‌باشد که می‌تواند از بیان حکم خيار شرط در طلاق، به هنگام پرداختن به حکم خيار شرط در عقود، خود نمایی کند.

توضیح اینکه ابن ادریس، عبارت مذکور را نه در کتاب طلاق، بلکه در بخش خيارات کتاب بیع می‌نگارد. وی، بحث خيارات را با جمله: «و أمّا العقود التي يدخلها الخيار، فنحن نذكرها و ما يصح فيه الخيار و ما لا يصح» می‌آغازد (ابن ادریس، ۲/۲۴۴) و آن گاه، جریان یا عدم جریان دو خيار شرط و مجلس را در تک تک عقود، بیان می‌دارد و در پایان، با عبارت: «و أمّا الطلاق فلیس بعقد فلا بدخلة الخياران معاً و كذلك العتق لا بدخلة الخياران معاً بغیر خلاف بیننا» (همو، ۲/۲۴۶) به دو ایقاع طلاق و عتق روی می‌نهد؛ از این رو، وی، چون ذکر حکم خيار شرط در طلاق را چندان با جمله‌ای هماهنگ نمی‌بیند که عنوان بحث را سامان می‌دهد - چه اینکه آن جمله، تنها، به عقود، ناظر می‌باشد - جمله: «فلیس بعقد» را به کار می‌برد، تا کسی گمان بر ندارد که وی، به عقد پنداشتن طلاق، متمایل است؛ بنابر این، ابن ادریس، جمله: «فلیس بعقد» را برای زدودن چنین گمانه‌ای می‌نگارد و نه برای بیان تعلیل؛ آن گونه که فقیهان باورمند به قاعده عدم جریان خيار شرط در ایقاعات می‌پندارند.

افزون بر این، قرائنی موجود است که به تأیید سخن مزبور برمی‌خیزند؛ چه، گذشته از اینکه نوعاً، چنین شیوه‌ای برای بیان علت، چندان معهود نمی‌باشد، سبک‌شناسی ادبی کلام ابن ادریس در مبحث مورد سخن نیز نشان می‌دهد وی، در این بخش از مطالب خویش، هر جا، به ارائه علت، روی می‌نهد، آن را با به کارگیری حرف لام تعلیل - به همراه حرف آن و یا بدون آن - بیان می‌نماید. همچنین، ابن ادریس، در این مبحث از کتاب خویش، کلامی نمی‌نگارد که به انحصار خيارات در عقود، مشعر باشد و یا بتوان از آن، تعلیل بیان شده را استشمام کرد؛ چنان که هیچ کدام از فقیهان پس از ابن ادریس، به جز ارائه دهندگان تفسیر مذکور، چنین تفسیری از کلام وی دریافت نمی‌کنند و یا چنین دلیلی برای عدم جریان خيار شرط در ایقاعات بیان نمی‌دارند؛ همان گونه که وی، خود نیز جمله: «فلیس بعقد» را به هنگام حکم کردن به عدم جریان خيار شرط در عتق، به کار نمی‌برد.

دیگر دانشیان فقه مکتب حله نیز به صورت فرعی فقهی، از عدم امکان اشتراط خيار در چند ایقاع محدود، سخن می‌گویند. محقق حلی، إبراء را با عتق و طلاق همراه می‌سازد و به وجود روایتی اذعان می‌دارد که می‌توان جواز جریان شرط خيار را از آن، استنباط نمود؛ هر چند وی، آن را روایتی شاذ می‌شمارد (محقق حلی، ۱۷/۲). وجود اختلاف بین فقیهان شیعه درباره جواز شرط خيار در عتق، واقعیتی است که برخی از دانشیان فقه پس از محقق حلی، به صراحت آن را بیان می‌کنند؛ فقیهانی که خود نیز درباره اشتراط خيار در ایقاعات مذکور، چونان محقق حلی می‌اندیشند (شهید اول، ۲۶۸/۳).

علامه حلی، افزون بر إبراء، خلع و تدبیر را در کنار عتق و طلاق، جای می‌دهد (علامه حلی، تذکره الفقهاء، ۱۱/۶۷، ۱۰۹؛ همو، إرشاد الأذهان، ۱/۳۷۵؛ همو، تحریر الأحکام، ۲/۲۹۴؛ همو، قواعد الأحکام، ۲/۶۸). وی، بر خلاف شیخ طوسی و ابن ادریس، برای اثبات دیدگاه خویش، از اجماع و عدم خلاف، سخن نمی‌راند و تنها، بدین دستاویز، اشتراط خيار را در ایقاعات شمار شده، روا نمی‌داند که مفاد آن‌ها را چیزی جز اسقاط حق نمی‌بیند؛ هر چند به ماهیت معلّق و جایز برخی نیز استناد می‌جوید (همو، تذکره الفقهاء، ۱۱/۶۷). نوشته‌های فقهی دیگر فقیهان مکتب حله نیز همین شیوه علامه حلی را دنبال می‌کنند؛ هر چند که گاه، از ادعای اجماع نیز روی گردان نیستند.

محقق حلی (۱۷/۲)، با به کارگیری عبارت: «و خيار الشرط یثبت فی کل عقد عدا النکاح و الوقف و کذا الإبراء و الطلاق و العتق» و علامه حلی (إرشاد الأذهان، ۱/۳۷۵) نیز با نگارش جمله: «خيار الشرط یثبت فی کل عقد سوی النکاح و الوقف و الإبراء و الطلاق و العتق»، این ذهنیت را فراهم می‌آورند که گویی نزد فقیهان مکتب حله، قاعده، بر جریان شرط خيار در همه ایقاعات، استوار است و عدم جواز اشتراط خيار در ایقاعات، تنها، به همین چند ایقاع مذکور در نوشته‌های فقهی، محصور می‌باشد؛ این، واقعیتی است که برخی از باورمندان به قاعده عدم جریان شرط خيار در ایقاعات نیز به آن، اشاره دارند (طباطبائی، ۳۳۷؛ عاملی، ۱۴/۲۱۸؛ صاحب جواهر، ۲۳/۶۴).

برخی از شارحان آثار فقهی محقق و علامه حلی، در توجیه مستثنی منه ایقاعات سه‌گانه: إبراء، طلاق و عتق، به بیان گمانه‌هایی روی می‌آورند؛ شهید ثانی (۳/۲۱۲)، از دو احتمال: استثناء منقطع و تجوّز در معنای عقد، به اعم از عقد و ایقاع سخن می‌راند؛ کرکی (۴/۳۰۳)، دو گزینه را پیش رو می‌نهد: یکی اینکه عقد در معنایی مجازی، به اعم از عقد و ایقاع استعمال گردد؛ و دیگر اینکه عقد در معنای حقیقی، به کار رود و ذکر ایقاعات بیان شده، از باب استیفاء به شمار آید و اردبیلی (۸/۴۱۱)، این گمانه را مطرح می‌سازد که مراد علامه از استعمال واژه عقد، هر آن عمل فقهی است که در ترتب اثر شرعی، به لفظ، نیازمند می‌باشد و از این رو، ایقاعات مذکور را نیز در بر می‌گیرد و بدین تفسیر، کاربرد واژه: «سوی» را برای

استثناء منقطع، توجیه ناپذیر می‌بیند؛ افزون بر اینکه به کارگیری این واژه را برای استثناء منقطع، پدیده‌ای قلیل الوجود می‌خواند.

به نظر می‌رسد هیچ‌یک از توجیهات مذکور، نمی‌تواند چندان به زدودن ذهنیتی یاری رساند که در مواجهه با عبارات بیان شده از محقق و علامه حلی، پدید می‌آید. شاید از این رو است که دیگر شارحان باورمند به قاعده عدم اشتراط خيار در ایقاعات، از بیان چنین توجیهاتی روی گردان می‌باشند (عاملی، ۱۴/۲۱۸؛ صاحب جواهر، ۶۴/۲۳).

شهید ثانی (۲۱۲/۳)، هرچند، خود، به عدم جریان شرط خيار در إبراء، عتق، تدبیر، طلاق، خلع و مبارات، باورمند است، لیک، به این واقعیت نیز توجه دارد که عموم ادله وفای به شرط، اشتراط خيار را در ایقاعات، در بر می‌گیرد؛ از این رو، تعلیل عقلی علامه حلی را برای تخصیص نص عام وفای به شرط، فاقد صلاحیت می‌خواند. وی، اجماع را تنها دلیلی می‌شناسد که یارای تخصیص شمول نص مذکور و صالح دستاویز بودن برای حکم به عدم جواز جریان شرط خيار در ایقاعات مذکور می‌باشد.

اردبیلی (۴۱۱/۸)، ترکیب واژگانی: بعض مناسبات را برای دلیل دیدگاه عدم جواز اشتراط خيار در إبراء، طلاق، خلع، مبارات، عتق، تدبیر و مکاتبه مطلقه، به کار می‌برد و استدلال به آن را دستاویزی غیر تام می‌داند. وی، اجماع را عمده‌ترین دستاویز برای حکم مذکور می‌شمارد که البته، در وجود آن نیز تردید روا می‌دارد و بدین بیان، گویی از فقدان دلیل، برای عدم جواز جریان شرط خيار در ایقاعات، سخن می‌گوید و تمایل خویش را برای پذیرش دیدگاه جواز اشتراط خيار در ایقاعات نمایان می‌سازد.

اذعان به فقدان دلیلی برای عدم جواز اشتراط خيار در ایقاعات شمار شده و انحصار دستاویز این دیدگاه، به اجماعی که تحقق آن ثابت نیست، تنها به اردبیلی، اختصاص ندارد. سبزواری (۴۷۰/۱)، دیگر فقیهی است که با اردبیلی، در بیان این واقعیت، هم‌نوا می‌باشد؛ چنان‌که برخی از فقیهان باورمند به قاعده عدم جواز شرط خيار در ایقاعات نیز از تأیید سخن اردبیلی، روی گردان نیستند (عاملی، ۲۱۹/۱۴).

بحرانی (۶۵/۱۹)، دلایلی که پیروان عدم جریان خيار شرط در ایقاعات مذکور، دستاویز می‌سازند، از مناقشه، مصون نمی‌بیند و به فقدان صلاحیت آن‌ها برای تخصیص عموم نصوص وفای به شرط، حکم می‌کند و اجماع را عمده دلیل این دیدگاه می‌شمارد. وی، هرچند، با نظر داشت این واقعیت که ادله وفای به شرط، اشتراط خيار را در ایقاعات، در شمول خود، جای می‌دهد و مخصصی نیز وجود ندارد که بتوان به آن، برای تخصیص نصوص مذکور، اعتماد نمود، دیدگاه عدم جریان خيار شرط در ایقاعات مذکور را از شوب اشکال، به دور نمی‌داند، لیک، بر پایه مسلک اخباری‌گری، راه احتیاط را در پیش می‌گیرد و به توقف در مسأله می‌گراید.

پس از تفوق مجتهدین اصولی بر اخباریان، بحث درباره جریان خیار شرط در ایقاعات، از چند ایقاع معین، به همه ایقاعات، تسری می‌یابد و سخن از قالب فرعی فقهی، به قاعده‌ای از قواعد عمومی ایقاعات، تبدیل می‌گردد. به نظر می‌رسد نویسنده کتاب مصابیح الأحکام، نخستین فقیه شیعی است که در این مسیر، گام می‌پوید. وی، به تفسیر توسیعی این عبارت ابن ادریس: «و أمّا الطلاق، فلیس بعقد، فلا بدخله الخياران معاً» روی می‌نهد و از آن، تعلیل عقد نبودن را برای عدم جریان شرط خیار در طلاق، اصطیاد می‌کند و مقتضای این تعلیل را اطراد حکم عدم جواز اشتراط خیار، نسبت به تمامی ایقاعات می‌داند و انحصار این حکم را به عتق، طلاق و ابراء، توهمی بیش نمی‌پندارد و بدین شیوه، از فرع فقهی پیشین، قاعده‌ای عمومی می‌سازد.

بحر العلوم، در کنار اشاره به اجماع و دلایل فقیهان پیشین، به بیان دو دلیل جدید برای اثبات قاعده عدم جواز اشتراط خیار در ایقاعات، روی می‌آورد؛ وی، اشتراط خیار را با ابتناء ایقاع بر نفوذی ناهماهنگ می‌خواند که به مجرد انشاء صیغه ایقاع، حاصل می‌گردد. صاحب مصابیح، همچنین، توجه به مفهوم شرط را برای اثبات تنافی اشتراط خیار با ایقاع، کافی می‌داند؛ چه همان‌گونه که از برخی روایات صحیح به دست می‌آید، شرط، امری است که بین دو شخص، منعقد می‌گردد و چنین چیزی در ایقاع، منتفی می‌باشد؛ چه اینکه ایقاع، مقوم به واحد است (طباطبائی، ۳۳۷؛ شهیدی، ۱۸۵/۴).

هرچند، قاعده عدم جواز شرط خیار در ایقاعات که صاحب مفاتیح، به پایه‌گذاری آن، اهتمام می‌ورزد و دو دلیلی که وی برای اثبات آن، بر پا می‌دارد، گرایش و دستاویز بسیاری از معاصران و فقیهان پس از وی را سامان می‌دهد و از این هنگام، در ادبیات فقه شیعه، رواج می‌یابد (عاملی، ۲۱۸/۱۴؛ صاحب جواهر، ۶۴/۲۳؛ کاشف الغطاء، ۸۴)، لیک، از نقد و تردید، به دور نمی‌ماند؛ صاحب کتاب مناهل که به نقل دیدگاه و دلایل بحر العلوم اهتمام می‌ورزد، دیدگاه و تمامی دلایل ابرازی وی را دارای ایراد می‌خواند و احتمال جواز اشتراط خیار در ایقاعات را در نهایت قوت می‌داند؛ بدون اینکه اشکال وارد بر دیدگاه صاحب مفاتیح و دلایل او را بیان دارد (طباطبائی، ۳۳۷).

شیخ انصاری که خود از باورمندان قاعده عدم جریان خیار شرط در ایقاعات، به شمار می‌آید، استدلال بحر العلوم را به مستفاد از مفهوم شرط، ناپذیرفتنی می‌خواند؛ چه اینکه مستفاد از اخبار شروط، وابستگی شرط، به دو شخص: مشروط له و مشروط علیه می‌باشد و چنین امری درباره ایقاع نیز متحقق است؛ مستفاد از روایات شروط، توقف شرط بر ایجاب و قبول نیست تا درباره ایقاع، منتفی باشد.

شیخ، در ادامه، به ارائه استدلال‌های جدیدی برای اثبات قاعده عدم جواز اشتراط خیار در ایقاعات، می‌پردازد. وی، با روی نهادن به سخن لغویانی که شرط را «إلزام الشیء و التزامه فی البیع و نحوه» می‌دانند

(ابن منظور، ۳۲۹/۷؛ فیروزآبادی، ۵۵۹/۲؛ زبیدی، ۳۰۵/۱۰)، به تفسیر مضیق ترکیب واژگانی: «و نحوه» دست می‌یازد و نظائر بیع را تنها، آن دسته اعمال فقهی می‌پندارد که به قبول نیازمند می‌باشند و بدین تفسیر، برخلاف نقدی که بر دستاویز دوم بحر العلوم، وارد می‌سازد، ظرف تحقق شرط را به عقود، منحصر می‌دارد و از منع صدق شرط، در ایقاعات و یا انصراف شرط، به عقود، سخن می‌راند (انصاری، ۱۴۹/۵). هرچند، نوعاً، فقیهان پس از شیخ اعظم، تفسیر تضییقی وی را چندان قابل پذیرش نمی‌دانند، اما این، خود، سبب می‌گردد که بسیاری از موافقان و مخالفان قاعده عدم جریان شرط خيار در ایقاعات، به هنگام بحث از قاعده مذکور، چستی شناسی شرط و منشأ نزاع را در حکم اشتراط خيار در ایقاعات، از نظر دور ندارند (یزدی، ۴۹۳/۲؛ ایروانی، ۱۱۴/۳ - ۱۱۵؛ اصفهانی، ۲۱۸/۴؛ نائینی، ۱۰۳/۳؛ خمینی، ۳۷۳/۴؛ اراکی، ۱۵۴).

شیخ انصاری، بر پایه پذیرش ملازمه بین فسخ و شرط خيار - یعنی: هر عملی فقهی حقوقی که قطع نظر از وجود شرط، فسخ آن، صحیح می‌باشد، می‌توان خيار را در آن، شرط نهاد - بدین بیان، به ارائه استدلال دوم خود، روی می‌آورد که چون فسخ در ایقاعات، فاقد مشروعیت است، از این رو، ایقاعات، قابلیت اشتراط تسلط بر فسخ را دارا نیستند.

وی، برای مصونیت این استدلال از ایرادی که رجوع در عده، متوجه آن می‌سازد، رجوع را نه فسخ طلاق که حکمی شرعی می‌پندارد و با بیان دانه شمول رجوع و عدم امکان اسقاط آن در طلاق رجعی، به توجیه حکم بودن رجوع می‌پردازد (انصاری، ۱۴۹/۵ - ۱۵۰).

شیخ، در پایان بحث خود، همانند ابتدای آن، به سخن از اجماع می‌پردازد و با ذکر اجماع در کنار دو دلیل مذکور، قاعده عدم اشتراط خيار در ایقاعات را به سه دستاویز، مستند می‌دارد. ظاهراً، وی، نخستین فقیهی است که بر پایه تفسیر توسیعی خویش از کلام ابن‌دریس، به ادعای عدم خلاف درباره عدم جریان خيار شرط در ایقاعات می‌گراید (همو، ۱۴۸/۵، ۱۵۰).

به نظر می‌رسد شیخ اعظم، از این رو، به بررسی دلایل علامه حلی و فقیهان پیش از صاحب مفاتیح نمی‌پردازد که بسیاری از نوشته‌های فقهی، نه تنها، این دلایل را برای عدم جواز جریان شرط خيار در ایقاعاتی چند، بیان می‌نمایند، بلکه عدم کفایت آن‌ها را نیز آشکار می‌سازند. همچنین، اینکه شیخ، به نقض و ابرام دلیل نخست بحر العلوم، روی نمی‌نهد، شاید بتوان علت آن را در نمایان بودن عدم تنافی بین نفوذ ایقاع و اشتراط خيار یافت؛ واقعیتی که برخی از شارحان شیخ نیز آن را گزارش می‌دهند (شهیدی، ۴/۱۸۵).

بسیاری از شارحان، و هم‌اندیشان شیخ انصاری، دلایل ابداعی وی را به نقد می‌نشینند و در عدم

کفایت آن‌ها سخن می‌گویند؛ به گونه‌ای که امروزه، کمتر فقهی می‌توان یافت که با بازخوانی دلایل شیخ، آن‌ها را برای اثبات قاعده عدم جواز اشتراط خيار در ایقاعات، دستاویز سازد.

آخوند خراسانی (۱۸۱ - ۱۸۲)، در نقد دستاویز دوم شیخ اعظم می‌نویسد: تردیدی وجود ندارد مشروعیت آن چیزی که شرط، قرار می‌گیرد، در نفوذ و صحت شرط، نقشی بازی نمی‌کند، بلکه برای نفوذ و صحت شرط، همین مقدار، کافی می‌باشد که عقل و عرف، اعتبار و نفوذ اشتراط آن چیزی را صحیح به شمار آورند که در اعمال فقهی، شرط می‌گردد؛ چه، بسی بدیهی است که چنین شرطی، در شمول «المؤمنون عند شروطهم» جای دارد و این واقعیت، خود، دلیل بر امضاء کلی شارع بر جواز شرط قرار گرفتن هر آن چیزی است که عرف، شرط ساختن آن را روا می‌داند.

ظاهراً، برای نخستین بار، صاحب عروه، به منشأ شناسی دیدگاه عدم جواز اشتراط خيار در ایقاعات، روی می‌نهد و منشأ گرایش مشهور را به عدم جریان خيار شرط در ایقاعات، در پذیرش این پندار می‌یابد که ایقاع بما هو ایقاع را پذیرای شرط نمی‌داند؛ از این رو، یزدی، از امکان اشتراط در ایقاع، سخن می‌گوید و در پی نمایان ساختن این حقیقت که ایقاع بما هو ایقاع، از پذیرش شرط، ابائی ندارد، به نقد دستاویزهای شیخ انصاری می‌پردازد. یزدی، اینکه اسقاط حق، مفاد بسیاری از ایقاعات را سامان می‌دهد، مانعی برای اشتراط خيار در این ایقاعات نمی‌بیند و بر این باور است که هم عقل، چنین چیزی را مانعی برای اشتراط به شمار نمی‌آورد و هم شمول عمومات شرط، چنین اشتراطی را در بر می‌گیرد. صاحب عروه، آن‌گاه، به صراحت بیان می‌کند که مقتضای قاعده، جواز جریان شرط خيار در ایقاعات می‌باشد (یزدی، ۲/ ۴۹۳ - ۴۹۹).

التفات به مطالبی که یزدی، درباره جریان خيار شرط در ایقاعات، ابراز می‌دارد، این گمانه را پیش رو می‌نهد که وی، بدین جهت به جواز شرط خيار در ایقاعات می‌گراید که به جواز تعلیق و امکان اشتراط ایقاع، باورمند می‌باشد.

با اظهار نظر صریح صاحب عروه درباره ناپذیرفتنی بودن دیدگاه مشهور، برخی از دانشیان فقه شیعه، در هماهنگی با وی، مقتضای قاعده را جواز جریان شرط خيار در ایقاعات می‌خوانند (عراقی، ۴۳۱؛ خوئی، مصباح الفقاهة، ۳۰۱/۴؛ موسوی سبزواری، ۱۱۷/۱۷) و در دیدگاه برگزیده مشهور، تردید روا می‌دارند و با وی، در بیان جواز اشتراط خيار در ایقاعات، همنوا می‌گردند (ایروانی، ۳/ ۱۱۴؛ اصفهانی، ۴/ ۲۱۸؛ لاری، ۲/ ۳۲۴؛ موسوی سبزواری، ۱۱۷/۱۷؛ اراکی، ۱۵۴ - ۱۶۰؛ روحانی، فقه الصادق، ۱۷/ ۱۶۴؛ منهج الفقاهة، ۳۷۹/۵؛ سبحانی، ۱۸۰، ۱۸۳) و بدین گونه، امروزه، تاریخ ادبیات فقه شیعه، به وجود دو گرایش رایج درباره جریان شرط خيار در ایقاعات، اذعان می‌نماید؛ گرایشی که به بازگویی و التزام

به دیدگاه مشهور، اهتمام می‌ورزد و همچنان از عدم جواز جریان شرط خيار در ایقاعات سخن می‌گوید؛ هرچند، خود، نوع دستاویزهای آن را مخدوش می‌خواند؛ و گرایشی دیگر، که به مخالفت با دیدگاه مشهور، بر می‌خیزد و حقیقت را در جواز اشتراط خيار در ایقاعات می‌داند.

بررسی نوشته‌های فقهی پس از صاحب عروه، واقعیت ابتلای ادبیات قاعده عدم جریان اشتراط خيار در ایقاعات را به فریگی در بخش نقض و إبرام دستاویزهای دیدگاه مشهور، نمایان می‌سازد. پیروان دیدگاه مشهور، گاه تا نه دستاویز برای اثبات عدم جریان خيار شرط در ایقاعات، بیان می‌کنند (خوئی، الشروط، ۱۴۴/۲) و از توجیه برخی ایقاعات دارای شرط خيار، فرو نمی‌گذارند (نائینی، ۱۰۳/۳). فقیهان پس از یزدی - اعم از موافقان و مخالفان دیدگاه مشهور - در آغاز، با روی نهادن به نقد و بررسی دستاویزهایی که شیخ انصاری در دفاع از دیدگاه مشهور بیان می‌دارد (شهیدی، ۱۸۵/۴، ۱۸۸ - ۱۸۹؛ ایروانی، ۱۱۴/۳ - ۱۱۵؛ لاری، ۳۲۳ - ۳۲۴؛ عراقی، ۴۳۱ - ۴۳۲) و در پی آن، با ارائه استدلال‌های جدید و افزایش شمارگان دستاویزهای دیدگاه عدم جریان شرط خيار در ایقاعات و نقد بررسی این دستاویزها (اصفهانی، ۲۱۸/۴ - ۲۲۲؛ نائینی، ۱۰۳/۳؛ خمینی، ۳۷۳/۴ - ۳۷۸؛ خوئی، مصباح الفقاهة، ۲۹۹/۴ - ۳۰۶؛ خوئی، الشروط، ۹۱/۲ - ۱۴۶؛ اراکی، ۱۵۴ - ۱۶۰؛ روحانی، فقه الصادق، ۱۶۲/۱۷ - ۱۶۴؛ منهج الفقاهة، ۳۸۸/۵ - ۳۷۹؛ سبحانی، ۱۷۸ - ۱۸۰)، در ایجاد فرایند فریگی بخش مذکور، سهیم می‌گردند.

دیدگاه صاحب عروه

یزدی، برخلاف مشهور که عدم جریان شرط خيار را در ایقاعات، از قواعد عمومی ایقاعات می‌پندارد، وجود چنین قاعده‌ای را نمی‌پذیرد و از جواز شرط خيار در همه ایقاعات، سخن می‌راند؛ از این رو، اشتراط خيار را در ایقاعات فسخ، هرچند که امری غیر معهود می‌باشد، عقلاً، بدون اشکال می‌شمارد و آن را در شمول عمومات شرط، جای می‌دهد و صرف معهود نبودن را صالح برای تخصیص عمومات شرط نمی‌داند (یزدی، ۴۹۸/۲).

صاحب عروه، اجماع را تنها مانع اشتراط خيار در ایقاعات می‌پندارد و ظاهراً، هرچند، به استناد سخن فقیهان پیش از خود، از وقوع چنین اجماعی، فقط در خصوص طلاق و إبراء سخن می‌گوید، لیک، رجوع را فسخ طلاق می‌شمارد و با بی‌نیاز خواندن طلاق رجعی از اشتراط خيار، جریان شرط خيار را در آن، نادرست نمی‌داند و بر این پایه، اجماعی که برای عدم جریان خيار شرط، در طلاق ادعاء می‌شود، به طلاق‌های سوم، ششم، نهم و طلاق‌های بانن، محصور می‌سازد و به این نکته، تصریح می‌کند که فسخ، در طلاق‌های مذکور، چه در قالب اشتراط خيار و چه در هر قالب دیگری، امری غیر مشروع می‌باشد و با این

سخن، گمانه مدرکی شمردن این اجماع را فراهم می‌آورد (همو، ۴۹۶/۲، ۴۹۹). وی، همچنین، با بیان این حقیقت که عقلاً، مانعی برای اشتراط خيار در إبراء، وجود ندارد و این اشتراط، مشمول عمومات شروط می‌باشد، به پاسخ اشکالی می‌پردازد که علیه جریان خيار شرط در إبراء، إبراء می‌شود و بدین شیوه، تردید در اجماعی را مهیا می‌سازد که بر عدم اشتراط خيار در إبراء، ادعاء می‌گردد (همو، ۴۹۸/۲).

با توجه به مطالب بیان شده، به نظر می‌رسد یزدی، موضوع بحث را ایقاعی می‌داند که به حکم شارع یا عقل، به عدم قابلیت انفساخ آن، علم وجود ندارد؛ این واقعیتی است که دیگر دانشیان فقه نیز به آن، اذعان می‌نمایند (عراقی، ۴۳۲).

مبانی صاحب عروه

یزدی می‌کوشد با رویکردی نقدگرایانه به جوهری که شیخ انصاری در دفاع از دیدگاه مشهور، بیان می‌دارد، عدم کفایت این دستاویزها را آشکار سازد و نشان دهد که قاعده عدم جواز اشتراط خيار در ایقاعات، فاقد دلیل و دستاویزی معتبر می‌باشد، تا از این رهگذر، در کنار نمایان داشتن جواز اشتراط در ایقاع بما هو ایقاع، با توسل به عمومات شروط، به اثبات جواز جریان شرط خيار در ایقاعات، نائل آید.

الف) تمسک به عمومات شروط

صاحب عروه، مقتضای عموم «المؤمنون عند شروطهم» را صحت جریان اشتراط و شرط خيار در ایقاعات می‌داند (یزدی، ۴۹۴/۲، ۴۹۶، ۴۹۸)؛ چه شمول شرط مذکور در این عمومات، هر شرطی را در بر می‌گیرد که به مخالفت با کتاب خداوند سبحان و سنت رسول (ص) نمی‌پردازد و بسی آشکار است که دلیلی نیز بر چنین مخالفتی برای اشتراط - اعم از خيار و غیر خيار - در ایقاعات وجود ندارد؛ از این رو، اشتراط و شرط خيار در ایقاعات، در شمول این عمومات، جای می‌گیرند.

ایرادات بر استدلال صاحب عروه

پس از یزدی، برخی از فقیهان پیرو دیدگاه مشهور، با این استدلال وی، به مخالفت برمی‌خیزند و تمسک به عمومات شروط را برای جریان خيار شرط در ایقاعات، روا نمی‌شمارند و سخنانی در ایراد تمسک به عمومات شروط، بیان می‌دارند. هرچند، شماری از موافقان و مخالفان دیدگاه مشهور، از این ایرادها، پاسخ می‌دهند، لیک، از آنجا که این اشکالها، پس از صاحب عروه، بر استدلال وی، روا می‌گردد، به نظر می‌رسد تنها، با به کارگیری شیوه تفسیر توسیعی در خصوص استناد یزدی به عمومات شروط، می‌توان در پی بیان هریک از اشکالات مذکور، از پاسخ وی نیز سخن راند.

۱. «المؤمنون عند شروطهم»، تنها، حکم تکلیفی را بیان می‌کند؛ یعنی: بر مؤمن، واجب است که بر

شرط و عهده‌ی پای‌بند باشد که بر خویش می‌نهد و از این رو، نباید به مخالفت با آن پردازد؛ زیرا وفای به شرط، از لوازم ایمان است (خوئی، مصباح الفقاهة، ۴/۳۰۳).

نقد و بررسی

ظاهراً، صاحب عروه، با دو پاسخ، از عهده این ایراد، بیرون می‌آید؛ چه از ظاهر استناد وی به «المؤمنون عند شروطهم» (یزدی، ۲/۴۹۴، ۴۹۵، ۴۹۶) و نیز کاربرد ترکیب واژگانی: عمومات شروط، در استدلال برای جریان خيار شرط در ایقاعات (همو، ۲/۴۹۸)، چنین اصطیاد می‌گردد که وی، بر این باور است که اولاً، دلیلی برای انحصار مفاد: «المؤمنون عند شروطهم»، به احکام تکلیفی، وجود ندارد؛ و ثانیاً، دلیل جواز اشتراط خيار در ایقاعات، به «المؤمنون عند شروطهم»، منحصر و محدود نمی‌باشد.

۲. قضیه «المؤمنون عند شروطهم»، در فعل بودن شرط، ظهور دارد؛ یعنی: شرط، تنها، به موردی اختصاص می‌یابد که فعل، متعلق شرط را سامان می‌دهد؛ چه در این صورت است که عمل به شرط، امکان‌پذیر می‌نماید و از آنجا که فعل، مفاد شرط خيار را تشکیل نمی‌دهد، شرط خيار، از شمول شرط مذکور در قضیه «المؤمنون عند شروطهم»، بیرون می‌باشد (خوئی، مصباح الفقاهة، ۴/۳۰۴).

نقد و بررسی

برخلاف آنچه ارائه دهنده اشکال مذکور می‌پندارد، قضیه «المؤمنون عند شروطهم»، در انحصار داشتن شرط، به فعل، ظهوری ندارد؛ چه، اطلاق ادله شروط، این حصرگرایی را نفی می‌کند و چنان‌که برخی از دانشیان فقه، به استناد همین اطلاق، از جریان شرط خيار در عقود و ایقاعات، سخن می‌گویند (موسوی سبزواری، ۱۷/۱۱۷)، گریزی از اذعان به این واقعیت، باقی نمی‌ماند که ادله شروط، در مطلق شروط، ظهور دارند و از این رو، نمی‌توان شرط خيار را از شمول شرط مذکور در قضیه «المؤمنون عند شروطهم»، خارج خواند.

۳. مستفاد از «المؤمنون عند شروطهم»، وفای به التزامی است که آدمی، آن را می‌پذیرد و متفاهم از ظاهر شرط نیز چیزی جز اثبات و ایجاد برای شیئی، در عالم اعتبار نیست؛ به گونه‌ای که اگر مشروط علیه به مخالفت با آن پردازد، برای مشروط له، اختیار بر هم زدن معامله فراهم می‌آید و بدین سخن، ایقاعات، بر خلاف عقود، از دایره عمومات شروط، بیرون قرار می‌گیرند؛ چه، حسب ارتکاز عرفی، ایقاعات مسلّم، تنها، رفع و ازاله شیء و اعدام موضوع، به شمار می‌آیند و فاقد بقاء اعتباری می‌باشند؛ بدین جهت، نمی‌توان در ایقاعات، از اثبات و ایجاد شیء برای طرف دیگر، سخن راند، تا چنانچه مشروط علیه، از وفای به شرط، تخلف ورزد، برای مشروط له، حق فسخ پدید آید و او بتواند آن چیزی را از بین ببرد که با انشاء خویش، برای مشروط علیه، به اثبات رسانده است (خوئی، مصباح الفقاهة، ۴/۳۰۴ - ۳۰۵؛ خمینی، ۴/

(۳۷۵-۳۷۶).

نقد و بررسی

چنان‌که تفسیر توسیعی ظاهر برخی از عبارات صاحب عروه نمایان می‌سازد، وی، به تفاوت وجود اعتباری بین عقد و ایقاع، باور ندارد و منشأ در ایقاعات را همانند منشأ در عقود، دارای بقاء می‌داند (یزدی، ۱۳۸۸/۲) و از این رو، ظاهراً، همانند برخی از فقیهان شیعه، بر این باور می‌باشد که اندک درنگ در متفاهم عرفی از معامله و معاهده، آشکار می‌گرداند که عرف، عقد و ایقاع را از جهت وجود اعتباری، یکسان می‌شمارد و بین این دو، بدین فرق نمی‌گراید که منشأ در عقد، از بقاء، برخوردار است، ولی این منشأ در ایقاع، فاقد بقاء می‌باشد؛ چه اگر از بقاء، بقاء انشاء لفظی، اراده گردد، بی‌شک، این انشاء لفظی، در هر دوی عقد و ایقاع، باقی نمی‌ماند و اگر از بقاء، بقاء منشأ اعتباری، منظور می‌باشد، عرف، چنین بقائی را برای هر دوی عقد و ایقاع، به طور مطلق، ثابت می‌داند. تردیدی نیست که عرف، زن مطلقه را تا پایان زندگی وی، مطلقه می‌خواند و ذمه مشغول را پس از ابراء، بری می‌شمارد.

افزون بر این، اندک درنگ در سخنانی همانند ایراد مذکور، نشان می‌دهد که این دسته از گفته‌ها، از آبشخور دقائق فلسفی سیراب می‌گردد و بسی نمایان است که احکام شرعی، نه بر پایه دقایق فلسفی، که بر اموری عرفی استوار می‌باشد که نزد عرف عام، آشکار هستند؛ این، واقعیتی است که نمی‌توان از پذیرش آن، روی برتافت (سبحانی، ۱۳۸۰).

۴. استناد به عموم شروط، برای اثبات جواز اشتراط خيار در ایقاعات، تمسک به عموم عام در شبهات مصداقیه می‌باشد؛ چه ادله شروط، به عدم مخالفت با شرع، تخصیص پذیرفته است و با توجه به ایرادهای وارده بر اشتراط خيار در ایقاعات، خروج اشتراط خيار در ایقاعات، از مستثنای ادله شروط و دخول آن تحت شمول مستثنی منه این ادله، محل تردید می‌باشد (شهیدی، ۱۳۸۵/۴؛ خمینی، ۱۳۷۷/۴).

نقد و بررسی

اصولی همانند: اصل عدم مخالفت، اباحه و صحت، اشتراط خيار در ایقاعات را از مخالفت با شرع، دور می‌دارند و تردید نسبت به خارج بودن شرط خيار در ایقاعات را از مستثنای ادله شروط و داخل بودن آن تحت شمول مستثنی منه این ادله می‌زدایند و از این رو، نمی‌توان دست یازیدن به عمومات شروط را برای اثبات جواز اشتراط خيار، تمسک به عموم عام در شبهات مصداقیه نامید (اصفهانی، ۱۳۸۲/۴؛ اراکی، ۱۳۸۰؛ موسوی سبزواری، ۱۳۸۷/۱۷؛ روحانی، فقه الصادق، ۱۳۸۳/۱۷ - ۱۳۸۴؛ همو، منهاج الفقاهة، ۱۳۸۵/۵).

ب) نقد دلایل دیدگاه مشهور

تا زمان شیخ انصاری، پیروان دیدگاه مشهور، نوعاً، برای اثبات قاعده عدم جواز خیار شرط در ایقاعات، به سه وجه لبی، دست می‌یازند. شیخ نیز در پی نقد برخی از این وجوه، خود، از دو دستاویز لبی جدید، سخن می‌گوید (انصاری، ۱۴۹/۵ - ۱۵۰). به جهت تفوق علمی شیخ انصاری و محوریت یافتن کتاب مکاسب، تا مدت‌ها، نوعاً، وجوه مذکور در مکاسب، ادله دیدگاه مشهور شناخته می‌شود؛ از این رو، بدیهی است که یزدی نیز به هنگام بیان و نقد استدلال‌های دیدگاه مشهور، به نقد همان وجوهی روی آورد که شیخ اعظم به بیان آن‌ها اهتمام دارد.

۱. اجماع

شیخ انصاری، هم در آغازینه بحث، به عدم خلاف درباره عدم جریان خیار شرط در ایقاعات دست می‌یازد (همو، ۱۴۸/۵) و هم در پی ارائه دو استدلال خویش، به نقل از شیخ طوسی، ابن‌دریس و شهید ثانی، به تفاوت، از اجماع و عدم خلاف، برای عتق، طلاق و ابراء، سخن می‌راند (همو، ۱۵۰/۵).

نقد و بررسی

بررسی نوشته‌های فقهی پیش از شیخ اعظم نیز نشان می‌دهد آن دسته از فقیهان شیعه که به بیان اجماع، روی می‌آورند، آن را تنها برای همان ابواب عتق، طلاق و ابراء، ذکر می‌کنند (شیخ طوسی، المبسوط، ۸۲/۲؛ ابن‌دریس، ۲۴۶/۲؛ شهید ثانی، ۲۱۲/۳؛ عاملی، ۲۱۸/۱۴؛ صاحب جواهر، ۲۳/۶۴)؛ از این رو، اجماعی برای قاعده عمومی عدم اشتراط خیار در ایقاعات، منعقد نمی‌باشد. به نظر می‌رسد، بدین جهت است که برخی از موافقان و مخالفان دیدگاه مشهور، اجماع را در شمار دلایل قاعده عدم جریان خیار شرط در ایقاعات، نام نمی‌برند و به نقض و ابرام آن نمی‌پردازند. صاحب عروه، برخلاف برخی از پیروان دیدگاه مشهور که اجماع مذکور را مدرکی و غیر تعبدی می‌شمارند (شهیدی، ۱۸۸/۴؛ خونی، الشروط، ۹۱/۲)، درباره عدم اعتبار این اجماع، به صراحت، اظهار نظر نمی‌کند.

آری، از حاشیه وی بر کتاب مکاسب، به وضوح نمایان می‌باشد که او، همانند شماری از پیروان دیدگاه مشهور که به تحقق اجماع، برای عدم جواز اشتراط خیار در ایقاعات، باور ندارند (عاملی، ۱۴/۲۱۹؛ شهیدی، ۱۸۸/۴؛ خونی، الشروط، ۹۱/۲)، وقوع چنین اجماعی را نمی‌پذیرد و ظاهراً، از این رو، تنها، اجماعی را موضوع سخن خویش می‌سازد که فقیهان پیش از شیخ انصاری، از وقوع آن برای عتق، طلاق و ابراء گزارش می‌دهند. یزدی، انعقاد اجماع را درباره عتق، به جهت وجود مخالف، ناپذیرفتنی می‌شمارد و فقط به اجماع بر عدم جریان خیار شرط در طلاق و ابراء، توجه می‌نماید؛ هرچند، التفات به

مطالبی که در بخش پیشین، از صاحب عروه، درباره اجماع بر طلاق و ابراء، بیان گردید، این گمانه را نیرو می‌بخشد که اگرچه وی، با برخی از دانشیان فقه پیش از خود، درباره عدم وقوع اجماع بر عدم جواز اشتراط خيار در طلاق و ابراء، همراهی نمی‌کند (اردبیلی، ۴۱۱/۸؛ سبزواری، ۴۷۰/۱؛ عاملی، ۲۱۹/۱۴) و عدم وقوع چنین اجماعی را به عتق، محدود می‌گرداند، ولی درباره اعتبار این اجماع در طلاق و ابراء نیز به تردید سخن می‌گوید (یزدی، ۴۹۶/۲ - ۴۹۹).

۲. قائم بودن شرط به دو شخص

آن‌گونه که از مفهوم شرط به دست می‌آید و پاره‌ای از روایات نیز به آن، گواهی می‌دهند، شرط، همواره، بین دو شخص: مشروط له و مشروط علیه، جریان دارد و برای تحقق خویش، به آن دو، وابسته می‌باشد و حال اینکه ایقاع، تنها، به یک شخص، قائم است؛ از این رو، نمی‌توان از جریان اشتراط خيار در ایقاعات، سخن راند (طباطبائی، ۳۳۷؛ عاملی، ۲۱۸/۱۴؛ صاحب جواهر، ۶۴/۲۳؛ کاشف الغطاء، ۸۴؛ انصاری، ۱۴۸/۵ - ۱۴۹).

به گواهی ادبیات مکتوب فقه شیعه، ظاهراً، نویسندگان مصابیح الأحکام، نخستین فقیهی است که این استدلال را برای اثبات قاعده عدم جریان خيار شرط در ایقاعات، ارائه می‌دهد. به نظر می‌رسد، وی، از این رو، به دستاویز مذکور، روی می‌نهد، تا امکان استدلال به عمومات شروط را برای جواز اشتراط در ایقاعات، منتفی سازد؛ چه اینکه عمومات وفای به شرط، از عمده دلایل جواز اشتراط در أعمال فقهی، به شمار می‌آیند و ظاهر شمول شروط، در عمومات مذکور، این توانایی را دارد که اشتراط خيار و غیر خيار را در ایقاعات، در برگیرد؛ حقیقتی که می‌توان آن را از ظاهر عبارات برخی از دانشیان فقه نیز به دست آورد (خونی، مصباح الفقاهة، ۳۰۱/۴).

نقد و بررسی

صاحب عروه، در تحلیل استدلال بحر العلوم، به قائم بودن شرط به دو شخص، بیان می‌نماید: ارائه دهنده دستاویز مذکور، به واقع، از این پندار، سخن می‌گوید که ایقاع بما هو ایقاع، این توانایی را دارا نیست که پذیرای شرطی گردد؛ چه این شرط، شرط خيار باشد و یا شرطی دیگر (یزدی، ۴۹۳/۲)؛ این، سخنی است که پس از وی، برخی از دانشیان فقه پیرو دیدگاه مشهور، به وضوح، آن را بر زبان می‌رانند (نائینی، ۱۰۴/۳؛ خمینی، ۳۷۳/۴، ۳۷۵، ۳۸۴).

یزدی، باور دارد: بطلان پندار بیان شده، که زیر ساخت استدلال صاحب مصابیح را سامان می‌دهد، خود، جواز اشتراط خيار را در ایقاعات، نمایان می‌گرداند؛ از این رو، به تشریح پندار مذکور، از منظر باورمندان به آن، روی می‌نهد. وی می‌نویسد: کسانی که برای عدم جریان شرط خيار در ایقاعات، قائم

بودن شرط را به دو شخص، دستاویز می‌سازند، ایقاع بما هو ایقاع را از پذیرش هر شرطی، ناتوان می‌شمارند؛ زیرا شرط برای اینکه موضوعش تحقق یابد و در شمول: «المؤمنون عند شروطهم» قرار گیرد، به رضایت مشروط علیه نیازمند می‌باشد؛ چه اگر مشروط علیه، شرط را قبول نکند و به آن، رضایت ندهد، شرطی در خارج، تحقق نمی‌پذیرد تا وفای به آن، بر مشروط علیه، واجب گردد و تردیدی نیست که ایقاع، تنها با اراده یک فرد، واقع می‌شود؛ از این رو، در فرآیند اشتراط، اگر به همان یک فرد، بسنده گردد، موضوع شرط، تحقق نمی‌یابد؛ چنان‌که با معتبر شمردن قبول مشروط علیه، ایقاع، از ایقاع بودن، بیرون می‌رود و یا اینکه شرط، خود، به معاهده مستقلى تبدیل می‌شود که با ایقاع، ارتباطی ندارد و در نهایت، این اشتراط در ایقاع، به وقوع عقدی دیگر می‌ماند و نه مشروط ساختن خود ایقاع (یزدی، ۱۳۹۳/۲ - ۴۹۴).

صاحب عروه، پس از تشریح زیر ساخت دستاویز صاحب مصابیح، در نقد این دستاویز می‌نگارد: بر خلاف پندار ارائه دهنده آن، در فرآیند اشتراط، لازم نیست متضمن شرط، به کفایت از آن، برخیزد؛ نیازمندی شرط، به قبول مشروط علیه، اشتراط را با ایقاع، در تنافی، قرار نمی‌دهد؛ مشروط داشتن ایقاع، نه ماهیت شرط را دگرگون می‌گرداند و نه ایقاع را از ایقاع بودن، خارج می‌سازد.

آری، این، حقیقتی پذیرفتنی است که در فرآیند اشتراط، شرط، به قبول مشروط علیه، موقوف می‌باشد؛ ولی، با این وجود، بر آن چیزی که در ایقاع، شرط نهاده می‌شود، همچنان عنوان شرط، صدق می‌کند و با این اشتراط، ایقاع، از ماهیت ایقاع بودن خود، بیرون نمی‌رود؛ چه، حقیقت، این است: ایقاع‌هایی که پذیرای شرط می‌باشند، گاه، این شرط، برخورد ایقاع کننده، نهاده می‌شود - مانند اینکه زوج، به هنگام طلاق، به زوجه خویش بگوید: «طَلَّقْتُكَ عَلَى أَنْ أُعْطِيَكَ دَرَهْمًا» - که در این صورت، شرط بیان شده، به قبول مشروط علیه، نیازی ندارد؛ زیرا این شرط، شرط بر خود ایقاع کننده می‌باشد و این، خود ایقاع کننده است که مشروط علیه به شمار می‌آید و از این رو، این شرط به همین گونه، در شمول: «المؤمنون عند شروطهم» جای می‌گیرد و دلیلی نیز برای لزوم رضایت مشروط له، وجود ندارد؛ نهایت امر، او می‌تواند این شرط را نپذیرد و حق خویش را ساقط نماید.

و گاه، در ایقاع، شرط، بر فردی غیر از ایقاع کننده، نهاده می‌شود؛ مانند اینکه إِبْرَاءُ کننده‌ای به بدهکار خود بگوید: «أَبْرَأْتُكَ عَلَى أَنْ تَخِيطَ لِي ثَوْبًا» و حسب قاعده، هیچ مانعی برای چنین شرطی وجود ندارد، لیک، لزوم این شرط، به قبول مشروط علیه، وابسته است تا در دایره شمول: «المؤمنون عند شروطهم» وارد گردد (همو، ۱۳۹۴/۲ - ۴۹۵).

در هر صورت، چنان‌که در پاره‌ای از روایات نیز دیده می‌شود (حر عاملی، ۱۴۰۳/۲۵ - ۲۸ ابواب ۱۰ - ۱۲)، ایقاع، از پذیرش شرط، ایابی ندارد، چه شرط، به قبول، نیازمند باشد و چه از آن، بی‌نیازی جوید.

روشنایی این حقیقت است که آدمی را و می‌دارد تا اذعان نماید: مقتضای قاعده، جواز اشتراط خیار در ایقاعات می‌باشد و عتق، طلاق، إبراء و دیگر ایقاعات، در این قاعده، با یک‌دیگر برابر هستند (یزدی، ۲/ ۴۹۶).

اینکه چرا صاحب عروه، به باز خوانی نقد شیخ انصاری بر دستاویز صاحب مصابیح، روی نمی‌آورد، شاید بدین جهت است که می‌توان استدلال بحر العلوم را به گونه‌ای تقریر کرد که از ایراد و نقد شیخ، مصون و به دور باشد؛ چنان‌که برخی از دانشیان فقه، از آن، گزارش می‌دهند (اراکي، ۱۵۵ - ۱۵۶).

۳. امکان منع صدق شرط در ایقاعات

شیخ انصاری، به استناد تعریفی که تئو چند از فرهنگ لغت نویسان زبان تازی، برای شرط، بیان می‌دارند (ابن منظور، ۳۲۹/۷؛ فیروزآبادی، ۵۵۹/۲؛ زبیدی، ۳۰۵/۱۰)، به امکان منع صدق شرط، در ایقاعات و یا انصراف شرط، به عقود، دست می‌یازد و این دستاویز را یکی از دو استدلال خویش، در دفاع از دیدگاه مشهور، قرار می‌دهد.

وی، در توضیح این دستاویز خود می‌گوید: بنابر تعریف فیروزآبادی، برای شرط که «الشرط، إلزام الشیء و التزامه فی البیع و نحوه» (فیروزآبادی، ۵۵۹/۲)، شرط، یا نمی‌تواند در ایقاعات، صدق یابد و یا اینکه به عقود، انصراف دارد (انصاری، ۱۴۹/۵)؛ چه اینکه در تعریف مذکور، ترکیب واژگانی: «فی البیع و نحوه» ظرف تحقق شرط را بیان می‌کند و به وضوح، نمایان است که بیع و نظائر بیع، معاملاتی هستند که در تحقق خود، به قبول، نیازمند می‌باشند و بی‌شک، ایقاعات، چنین معاملاتی، به شمار نمی‌آیند؛ زیرا در تحقق خویش، از قبول، بی‌نیاز هستند؛ به دیگر سخن، شرط، برای تحقق خارجی خود، به ظرفی از اعمال فقهی، نیاز دارد. اینکه کدام عمل فقهی می‌تواند ظرف تحقق شرط، به شمار آید، مراجعه به تعریفی که برخی از لغت پژوهان، برای شرط بیان می‌نمایند، پاسخ آن را آشکار می‌سازد و لغت پژوهان زبان تازی، شرط را الزام و التزام به چیزی معین در عقد بیع و عقود همانند آن می‌دانند؛ بنابر این تعریف، شرط، نمی‌تواند در ایقاع، تحقق یابد؛ از این رو، امکان منع صدق آن در ایقاع می‌رود و یا اینکه به عقود، منصرف می‌باشد (خمینی، ۳۷۳/۴؛ سبحانی، ۱۷۹).

به نظر می‌رسد، شیخ انصاری، بدین جهت استدلال مذکور را برای عدم جریان اشتراط خیار در ایقاعات، دستاویز می‌سازد، تا امکان استدلال به عمومات شروط را برای جواز اشتراط در ایقاعات، منتفی نشان دهد؛ از این رو، در واقع، این دستاویز شیخ، ایرادی است که وی، بر استدلال به عموم «المؤمنون عند شروطهم» برای اثبات جواز اشتراط - اعم از خیار و غیر خیار - در ایقاعات، روا می‌دارد؛ این، واقعیتی است که ظاهر سخن برخی از دانشیان فقه نیز به آن، گواهی می‌دهد (خوئی، مصباح الفقاهة، ۳۰۱/۴).

نقد و بررسی

صاحب عروه، بطلان این دستاویز شیخ انصاری را آشکار می‌خواند. ظاهراً، یزدی، تنها، با گفتاری که در تبیین عدم تنافی شرط با ایقاع، ابراز می‌دارد، نادرستی سخن شیخ را نمایان نمی‌شمارد، بلکه این نکته را نیز در نظر می‌گیرد که شیخ، خود، به هنگام نقد استدلال صاحب مصابیح، از امکان صدق شرط، در ایقاع و نیز قرار داشتن آن در شمول: «المؤمنون عند شروطهم» گزارش می‌دهد (انصاری، ۱۴۹/۵)؛ بدین جهت است که صاحب عروه می‌نویسد: پس از صدق شرط در ایقاع، وجهی برای سخن راندن از امکان منع صدق شرط در ایقاع و انصراف شرط به عقود، باقی نمی‌ماند (یزدی، ۴۹۶/۲).

همچنین، به نظر می‌رسد، از همین رو است که بسیاری از موافقان و مخالفان دیدگاه مشهور، به انتقاد از این استدلال شیخ انصاری می‌پردازند (شهیدی، ۱۸۵/۴؛ اصفهانی، ۲۱۸/۴؛ خوئی، الشروط، ۹۹/۲ - ۱۰۰؛ روحانی، فقه الصادق، ۱۶۳/۱۷؛ منهاج الفقاهة، ۳۸۷/۵؛ سبحانی، ۱۷۹) و گاه، آن را با نقدی، متناقض می‌خوانند که وی، بر دستاویز صاحب مصابیح، روا می‌دارد (ایروانی، ۱۱۵/۳).

صاحب عروه، درباره استناد شیخ، به تعریفی که فیروزآبادی برای شرط، می‌نگارد، چنین اظهار نظر می‌کند: تعریف مذکور، چیزی بیش از این، بیان نمی‌دارد که شرط، ضمن معاهده، واقع می‌شود و تردیدی نیست که ایقاع نیز معاهده، به شمار می‌آید؛ از این رو، استناد به تعریف فیروزآبادی، عدم جریان شرط را در ایقاعات، بازگو نمی‌نماید (یزدی، ۴۹۶/۲).

پس از یزدی، برخی از دانشیان فقه، به بازخوانی پاسخ وی روی می‌آورند؛ بدین بیان که مراد لغت پژوهانی که شرط را به الزام و التزام به چیزی معین در بیع و نظائر آن، تعریف می‌کنند، ذکر این واقعیت می‌باشد که شرط، الزام و التزامی مستقل نیست، بلکه التزامی ضمن التزامی دیگر می‌باشد، تا بدین بیان، شروط ابتدائی، از دائره شرط، بیرون روند؛ از این رو، تعریف مذکور، شرط را التزام به التزامی مقید به دو طرف، یا التزامی در ضمن دو التزام مرتبط نمی‌خواند، بلکه شرط را تنها، التزامی ضمن التزامی دیگر، معرفی می‌کند و بسی آشکار است که چون ایقاع، خود، التزام به شمار می‌آید، شرط نیز ضمن آن تحقق می‌یابد و بدین ترتیب، شرط ضمن ایقاع، در شمول تعریف مذکور، جای می‌گیرد و دیگر، نمی‌توان برای عدم جریان اشتراط، در ایقاعات، به تعریفی استناد جست که برخی از لغت پژوهان، همچون: فیروزآبادی، برای شرط، بیان می‌نمایند (ایروانی، ۱۱۴/۳؛ اصفهانی، ۲۱۸/۴؛ روحانی، فقه الصادق، ۱۶۳/۱۷؛ همو، منهاج الفقاهة، ۳۸۷/۵؛ سبحانی، ۱۷۹).

برخی از پیروان دیدگاه مشهور، در برابر انتقاد مذکور، به دفاع از شیخ انصاری برمی‌خیزند و منتقدین استناد به تعریف شرط را بدین سخن می‌رانند که به مغزای استدلال شیخ، دست نیافته‌اند و در توجیه دفاع

خویش از شیخ انصاری می‌نویسند: بدیهی است که ایقاع، فاقد ضمن می‌باشد؛ از این رو، ایقاع، یا تحقق نمی‌یابد و یا بدون ضمن، محقق می‌شود؛ برخلاف عقد که ظرفیت در آن، هرچند به نحو ادعایی، امری محقق می‌باشد. این دانشی فقه، با طرح این ادعاء که فاقد ضمن بودن ایقاع، امری بدیهی است، هیچ توضیح و استدلالی درباره فاقد ضمن بودن ایقاع، بیان نمی‌دارد و امکان وجود ضمن را در برخی از ایقاعات، فروضی نادر و محصول توهم می‌شمارد و به توجیه شروط مذکور در این دسته از ایقاعات می‌پردازد و این شروط را نه شرط ضمن، بلکه شرط تلو ایقاع می‌خواند (خمینی، ۳۷۴/۴).

برخی از فقیهان، این نقد را بر توجیه مذکور و ادعای فاقد ضمن بودن ایقاع، هموار می‌دارند که ایقاع نیز همانند عقد، از اموری اعتباری به شمار می‌آید که صحت آن، تنها، به این وابسته می‌باشد که عرف و عقلاء، آن را معتبر خوانند و اثر آن را بر آن، مترتب سازند و عرف نیز صحت انشاء ایقاع مشروط را به مانند انشاء عقد مشروط، فاقد محذور می‌داند (سبحانی، ۱۷۹ - ۱۸۰)؛ چنان‌که شرط مضاف به ایقاع را شرط ضمن ایقاع می‌شمارد (خوئی، الشروط، ۹۶/۲)؛ از این رو، التزام ایقاع به وجوهی که از آبشخور دقایق فلسفی سیراب می‌گردد، امری است که نادرستی آن، نمایان می‌باشد؛ چه اینکه احکام شرعی، بر اموری عرفی استوار است که نزد عرف عام، آشکار می‌باشد (سبحانی، ۱۸۰).

۴. عدم مشروعیت فسخ در ایقاعات

شیخ انصاری، دومین استدلال خویش را برای اثبات دیدگاه مشهور، بر عدم مشروعیت فسخ در ایقاعات، استوار می‌سازد؛ بدین بیان که چون، برخلاف عقود، دلیلی برای مشروعیت فسخ، در ایقاعات، وجود ندارد، نمی‌توان فسخ را در ایقاعات، امری مشروع شمرد و با عدم مشروعیت فسخ در ایقاعات، نمی‌توان از قابلیت ایقاعات برای فسخ، سخن راند، تا بتوان تسلط بر فسخ را در ایقاعات، شرط نهاد. وی، بدین دلیل فسخ را در ایقاعات، امری غیر مشروع می‌پندارد که از شارع، چنین معهود نیست که پس از وقوع اثر ایقاعات، نقض آن آثار را تجویز کند.

شیخ، در ادامه می‌نویسد: شرط نمی‌تواند چیزی را سبب قرار دهد که شرعاً، سبب نمی‌باشد؛ از این رو، وقتی که معلوم نیست فسخ، سبب رفع اثر ایقاع، به شمار می‌آید و یا اینکه آشکار است که فسخ، سبب ارتفاع ایقاع نمی‌باشد، شرط نهادن تسلط بر فسخ در متن ایقاع، فسخ را سبب رفع اثر ایقاع نمی‌گرداند. وی، عدم سببیت فسخ را بدین جهت، معلوم می‌پندارد که لزوم را در ایقاعات، همانند جواز، در عقود جایز، حکمی شرعی می‌شمارد (انصاری، ۱۴۹/۵ - ۱۵۰).

شیخ انصاری، تمسک به عدم مشروعیت فسخ را در ایقاعات، بهترین استدلال، برای اثبات دیدگاه عدم جریان شرط خیار در ایقاعات می‌خواند (همو، ۱۴۹/۵) و ادبیات فقه شیعه نیز نشان می‌دهد، پس از

شیخ، بسیاری از موافقان و مخالفان دیدگاه مشهور، با بیان‌های مختلف به تقریر و نقض و ابرام این استدلال، روی می‌آورند (ایروانی، ۱۱۵/۳؛ شهیدی، ۱۸۵/۴؛ اصفهانی، ۲۱۹/۴ - ۲۲۱؛ خمینی، ۳۷۷/۴؛ خونی، مصباح الفقاهة، ۳۰۱/۴ - ۳۰۲؛ اراکی، ۱۵۶ - ۱۵۷؛ روحانی، فقه الصادق، ۱۶۳/۱۷؛ منهاج الفقاهة، ۳۸۷/۵ - ۳۸۸؛ خونی، الشروط، ۱۱۳/۲).

به نظر می‌رسد، حکمی ذاتی پنداشتن لزوم در ایقاعات، بدین جهت که ایقاعات، قابلیت پذیرش اقاله را دارا نمی‌باشند؛ تقسیم لزوم به حقی و حکمی؛ حقی خواندن لزوم، در عقودی که پذیرای خيار هستند و انحصار جریان خيار، در عقودی که لزوم آن‌ها حقی می‌باشد و نه حکمی؛ در کنار باور به تلازم بین فسخ خيار و اقاله، بنیادهای اندیشه شیخ انصاری را به هنگام استدلال به عدم مشروعیت فسخ، در ایقاعات، سامان می‌دهند؛ تحلیلی که شماری از نوشته‌های فقهی، از اشاره به آن، دریغ نمی‌ورزند (اصفهانی، ۲۱۹، ۲۲۲؛ عراقی، ۴۳۲؛ خونی، مصباح الفقاهة، ۳۰۱/۴ - ۳۰۲؛ خونی، الشروط، ۱۱۳/۲)؛ چنان‌که، از ظاهر عبارات برخی از شارحان شیخ نیز چنین به دست می‌آید که وی، در ارائه استدلال مذکور، همانند دستاویز پیشین خویش، منتفی نمایاندن امکان دست یازیدن به عمومات شروط را برای جواز اشتراط در ایقاعات، دنبال می‌کند (شهیدی، ۱۸۵/۴).

نقد و بررسی

صاحب عروه، استدلال شیخ انصاری را به عدم مشروعیت فسخ، در ایقاعات، این گونه به نقد می‌نشیند:

اولاً، وجود پاره‌ای از روایات که از جریان اشتراط و وجود فسخ در برخی از ایقاعات حکایت دارد (حر عاملی، ۲۳/۲۵ - ۲۸ ابواب ۱۰ - ۱۲)، عدم مشروعیت فسخ را در ایقاعات، هر چند فی الجمله، منع می‌کند.

ثانیاً، صحت شرط، به مشروعیت آن، منوط نیست (یزدی، ۴۹۸/۲)؛ بلکه صحت شرط، به اعتبار عقلی و نفوذ عرفی آن، وابسته می‌باشد؛ یعنی: برای نفوذ و صحت شرط، همین مقدار، کافی است که عقل و عرف، اعتبار و نفوذ اشتراط آن چیزی را صحیح به شمار آورند که در عقد یا ایقاع، شرط می‌گردد؛ چه، بسی آشکار می‌باشد که چنین شرطی، در شمول «المؤمنون عند شروطهم» جای دارد (آخوند خراسانی، ۱۸۱ - ۱۸۲؛ اصفهانی، ۲۲۱/۴؛ اراکی، ۱۵۷).

آری، اگر این علم، حاصل باشد که فسخ در ایقاعات، فاقد مشروعیت مطلق است، این علم به عدم مشروعیت مطلق برای فسخ در ایقاعات، در حکم علم به عدم پذیرش خيار در ایقاعات به شمار می‌آید (یزدی، ۴۹۸/۲) که البته این فرض، از محل بحث، بیرون می‌باشد (عراقی، ۴۳۲).

ثالثاً، عدم مشروعیت فسخ به غیر شرط، با مشروعیت فسخ با شرط، در تنافی نیست؛ یعنی: نامشروع پنداشتن فسخی که شرط ضمن ایقاع نمی باشد، عدم مشروعیت اشتراط فسخ را در ایقاع، به دنبال ندارد؛ نهایت امر اینکه اشتراط فسخ در ایقاع، برای مشروعیت خود، نیازمند دلیل می باشد که عمومات شروط برای این مهم، کفایت می کنند (یزدی، ۴۹۸/۲، ۴۹۹).

به دیگر سخن، نمی توان این پندار را پذیرفت که چون فسخی که شرط ضمن ایقاع، قرار ندارد، سبب خیار در ایقاع، به شمار نمی آید، پس، شرط خیار نیز نمی تواند سبب شرعی برای فسخ ایقاع قرار گیرد؛ یعنی: عدم سببیت فسخ، برای انحلال ایقاع، در صورتی که شرط ضمن ایقاع نمی باشد، نمی تواند مانعی برای سبب شرعی خواندن شرط خیار، جهت فسخ ایقاع دانسته شود؛ چه عموم «المؤمنون عند شروطهم» خود، مقتضی سبب شرعی خواندن شرط خیار برای فسخ ایقاع می باشد (عراقی، ۴۳۲).

یزدی، در ادامه می نگارد: از آنجا که مشروعیت فی الجمله، برای صحت شرط، کافی به شمار می آید، پس از اینکه عموم دلیل: «المؤمنون عند شروطهم» موارد مشکوک را در برگیرد، صرف احتمال مشروعیت، برای صحت شرط، کافی است؛ چه، هر دوی عقد و ایقاع در مشکوک بودن صحت شرط خیار، مشترک می باشند و در این صورت، گریزی از تمسک به عموم دلیل: «المؤمنون عند شروطهم» باقی نمی ماند و همان گونه که امکان تمسک به عموم شروط، برای شرط خیار، در موردی فراهم است که فسخ در آن مورد، صحیح می باشد، امکان تمسک به عموم شروط، برای شرط خیار، در موردی نیز مهیا است که صحت فسخ در آن مورد، مشکوک می باشد؛ از این رو، صاحب عروه، بر خلاف شیخ انصاری (۱۴۹/۵ - ۱۵۰) که معیار تمسک به عموم شروط را امکان فسخ به غیر شرط می داند، تصریح می دارد: در صحت تمسک به عمومات شروط، برای جریان شرط خیار در ایقاع، همین مقدار کافی است که ثابت نشود شرط نمی تواند حکم در ایقاع را تغییر دهد (یزدی، ۴۹۸/۲).

نتیجه گیری

در ادبیات فقه شیعه، تا هنگام تفوق مجتهدین اصولی، قاعده عدم جریان شرط خیار در ایقاعات را نمی توان رصد نمود. آنچه در مکتب های بغداد و حله دیده می شود، تنها، فرعی فقهی در خصوص عدم جواز اشتراط خیار در چند ایقاع همچون: عتق، طلاق و ابراء می باشد. پس از تفوق مجتهدین اصولی، در مکتب نجف، این فرع فقهی، قاعده عمومی ایقاعات، معرفی می گردد. ادعای اجماع و اقامه چند دلیل عقلی، تمام دستاویز پیروان آن فرع و این قاعده مذکور را سامان می دهد. دستاویزهایی که از نقد پیروان قاعده عدم اشتراط خیار در ایقاعات نیز مصون نمی ماند. صاحب عروه، با توجه به عمومات شروط و دیگر

ادله لفظی موجود، آهنگ مخالف با مشهور می نماید و با نمایاندن فقدان دلیلی معتبر برای قاعده مذکور، ترویج دیدگاه جواز اشتراط خيار در ایقاعات را باعث می گردد.

منابع

- ابن إدريس حلی، محمد بن منصور، *السرائر*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
- ابن بابویه، محمد بن علی، *من لایحضره الفقیه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
- ابن براج، عبد العزیز بن براج، *المهذب*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
- ابن منظور، محمد بن مکرم، *لسان العرب*، بیروت، دار الفکر، ۱۴۱۴ ق.
- اراکي، محمد علی، *الخيارات*، قم، مؤسسه در راه حق، ۱۴۱۴ ق.
- اردبیلی، احمد بن محمد، *مجمع الفائدة و البرهان*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ ق.
- اصفهانى، محمد حسین، *حاشية المكاسب*، قم، ذوی القربی، ۱۴۳۱ ق.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین، *کتاب المكاسب*، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۱۵ ق.
- ایروانی، علی، *حاشية المكاسب*، قم، ذوی القربی، ۱۴۳۱ ق.
- بحرانی، یوسف بن احمد، *الحقائق الناضرة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ ق.
- حر عاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعة*، قم، مؤسسه آل البيت (ع)، ۱۴۰۹ ق.
- خمینی، روح الله، *البیع*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۱ ق.
- خوئی، ابوالقاسم، *مصباح الفقاهة*، قم، انتشارات داوری، ۱۳۷۷.
- خوئی، محمد تقی، *الشروط*، بیروت، دار المورخ العربی، ۱۴۱۴ ق.
- روحانی، صادق، *فقه الصادق*، قم، دار الکتاب، ۱۴۱۲ ق.
- _____، *منهاج الفقاهة*، قم، انوار الهدی، ۱۴۲۹ ق.
- سبحانی، جعفر، *المختار فی أحكام الخيار*، قم، مؤسسه امام صادق (ع)، ۱۴۱۴ ق.
- سبزواری، عبد الأعلى، *مهذب الأحكام*، قم، المنار، ۱۴۱۳ ق.
- سبزواری، محمد باقر بن محمد مؤمن، *کفاية الأحكام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۳ ق.
- شهید اول، محمد بن مکی، *الدروس الشرعية*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی، *مسالك الأفهام*، قم، مؤسسه معارف اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
- شهیدی تبریزی، فتاح، *هدایة الطالب*، قم، سماء قلم، ۱۴۳۰ ق.
- صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، *جواهر الكلام*، بیروت، دار إحياء التراث العربی، بی تا.
- طباطبایی یزدی، محمدکاظم بن عبدالعظیم، *حاشية المكاسب*، قم، طلعه نور، ۱۴۲۹ ق.
- طباطبائی حائری، محمد، *المناهل*، قم، آل البيت (ع)، بی تا.
- طوسی، محمد بن حسن، *المبسوط*، تهران، المكتبة المرتضوية، ۱۳۸۷ ق.

شماره ۱۲۱	فقه و اصول	۱۲۲
	_____، النهاية ، دار الكتاب العربي، بيروت، ۱۴۰۰ ق.	
	_____، تهذيب الأحكام ، تهران، دار الكتب الإسلامية، ۱۴۰۷ ق.	
	عاملي، جواد بن محمد، مفتاح الكرامة ، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ ق.	
	عراقي، علي بن محمد، حاشية المكاسب ، قم، انتشارات غفور، ۱۴۲۱ ق.	
	علامه حلي، حسن بن يوسف، إرشاد الأذهان ، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.	
	_____، تحرير الأحكام ، قم، مؤسسه امام صادق (ع)، ۱۴۲۰ ق.	
	_____، تذكرة الفقهاء ، قم، مؤسسه آل البيت (ع)، ۱۴۱۴ ق.	
	_____، قواعد الأحكام ، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.	
	فیروزآبادی، محمد بن یعقوب، القاموس المحيط ، بيروت، دار الكتب العلمية، ۱۴۱۵ ق.	
	كاشف الغطاء، حسن بن جعفر، أنوار الفقهاء - البيع ، نجف، مؤسسه كاشف الغطاء، ۱۴۲۲ ق.	
	كركي، علي بن حسين، جامع المقاصد ، قم، مؤسسه آل البيت (ع)، ۱۴۱۴ ق.	
	كلينى، محمد بن يعقوب، الكافي ، تهران، دار الكتب الإسلامية، ۱۴۰۷ ق.	
	لارى، عبدالحسين، التعليقة على المكاسب ، قم، مؤسسه معارف اسلامی، ۱۴۱۸ ق.	
	مجلسي، محمد باقر بن محمد تقی، مرآة العقول ، تهران، دار الكتب الإسلامية، ۱۴۰۴ ق.	
	_____، ملاذ الأخيار ، قم، كتابخانه مرعشي، ۱۴۰۶ ق.	
	مجلسي، محمد تقی بن مقصود علي، روضة المتقين ، قم، مؤسسه كوشانيور، ۱۴۰۶ ق.	
	محقق حلي، جعفر بن حسن، شرايع الإسلام ، قم، اسماعيليان، ۱۴۰۸ ق.	
	مرتضى زبيدي، محمد بن محمد، تاج العروس ، بيروت، دار الفكر، ۱۴۱۴ ق.	
	نائيني، محمد حسين، منية الطالب ، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.	



ماهیت تعزیری ثلث مازاد بر دیه نفس و آثار آن در قانون تغلیظ دیه*

دکتر محسن ملک افضلی اردکانی

استاد جامعه المصطفی العالمیه

Email: mohsenmalekafzali@yahoo.com

چکیده

شرع مقدس اسلام به منظور صیانت از امنیت اجتماعی و اقتصادی و حفظ حرمت محل‌های امن و مقدس، برخی از زمان‌ها (ماه‌های ذی‌القعدة، ذی‌الحجه، محرم و رجب) و مکان‌ها (حرم مکه و سایر مشاهد مشرفه با اختلاف در اقوال) را احترام و تقدسی خاص بخشیده و مجازات مرتکبان جنایت در این پهنه‌ها را افزون بر مجازات مقدر شرعی، تشدید یا تغلیظ می‌کند. اگر جرم انجام شده قتل باشد، مجازات آن بنابر روایتی صحیح از امام صادق (ع) «دیه کامل و ثلث» است. در طول تاریخ فقه اسلام، مستحق دریافت ثلث مازاد، همان مستحق دریافت اصل دیه دانسته شده است و این حکم بیانگر آن است که فقها برای این مقدار زاید، ماهیتی غیر از دیه قائل نبوده‌اند. اما فرضیه این مقاله آن است که ثلث مازاد بر دیه ماهیت «تعزیری» دارد. در سامان یافتن تحقیق حاضر از تحلیل نصوص و روش اجتهادی به ویژه تنقیح مناط و الغای خصوصیت استفاده شده است. اثبات این فرضیه آثار متعددی را در پی دارد که مهم‌ترین آن‌ها استحقاق دولت اسلامی بر دریافت ثلث مازاد بر دیه نفس به عنوان یکی از منابع مالی حکومت است. تغییر مواد مرتبط قانون مجازات اسلامی از دیگر آثار مورد انتظار این نظریه است.

کلیدواژه‌ها: تغلیظ دیه، ثلث دیه، قتل در ماه‌های حرام، قتل در حرم، تنقیح مناط، تعزیر.

*. مقاله پژوهشی؛ تاریخ وصول: ۱۳۹۷/۰۹/۱۸؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۷/۱۲/۱۵.

The Taaziri Nature of the One-third in Excess of the Blood Money in the Blood Money Increase Law

Mohsen Malek Afzali Ardakani, Ph.D. Professor, Al-Mostafa International University

Abstract

The holy religion of Islam, in order to protect the social and economic security of secure and holy places and respect their sanctity, has provided special sanctity and holiness for certain times (Dhu al-Qa'dah, Dhu al-Hijjah, Muharram, Rajab) and places (Shrine of Mecca and other honored places with differences in opinions) and aggravates or increases the punishment of perpetrators of crimes in these areas in addition to the prescribed religious punishment. If the crime committed is murder, its punishment is "full blood money and one-third" according to a Sahih narration of Imam Sadegh peace be upon him. Throughout the history of Islamic jurisprudence, the individual entitled to receive the one-third surplus has been the one entitled to the blood money itself and this ruling indicates that the Islamic jurists have not considered this extra amount to be of a nature other than the blood money. However, the hypothesis of this article is that the one-third in excess of the blood money has a "Taaziri" nature. In organizing the present research, analysis of texts and Ijtihadi method especially rectifying the effective cause and cancellation of specificity have been used. Proving this hypothesis has several implications the most important of which is the Islamic state's right to receive the one-third in excess of the blood money as one of the Islamic state's financial resources. Amending the relevant articles of the Islamic Penal Code is another expected implication of this theory.

Keywords: increase of the blood money, one-third of the blood money, murder in Haram Months, murder in the Shrine, rectifying the effective cause and cancellation of specificity, Taazir.

مقدمه

یکی از سیاست‌های فقه جزایی اسلام، حفظ حقوق بزه‌دیده و حمایت کیفری از وی است؛ اعم از آنکه فرد یا اجتماع باشد. حمایت کیفری از جامعه به صورت‌های گوناگونی پدیدار می‌شود؛ یکی از این جلوه‌های حمایتی، مجازات اخلاص‌گران در امنیت اجتماعی و هتک‌کنندگان حرمت زمان‌ها یا مکان‌های خاصی است که حفظ حرمت آن‌ها مورد تاکید شارع مقدس قرار گرفته است. «تغلیظ» یا «تشدید» مجازات حدی در جرائم شرب خمر، زنا و لواط در زمان‌های مقدس مثل ماه مبارک رمضان یا مکان‌های مقدس مثل مسجد و «تغلیظ» دیه در صورت ارتکاب قتل در ماه‌های حرام (ذی القعدة، ذی الحجه، محرم و رجب) و حرم مکی از این قبیل است.

بدیهی است که تأمین و حفظ امنیت جامعه، جز آنکه وظیفه‌ای است همگانی، وظیفه‌ای است بر عهده حکومت و نقض آن، تعدی به حقوق اجتماع و کلیت جامعه و اخلاص در نظام حاکم بر آن است. به این ترتیب جرم شکل گرفته زیر این عنوان، «جنبه عمومی» می‌یابد و مجازات آن در اختیار حاکم و مدعی العموم است و چنانچه جریمه به آن تعلق بگیرد به زیان دیده ناشی از آن یعنی جامعه و حکومت تعلق خواهد گرفت.

در خصوص اصل حکم تشدید و تغلیظ مجازات، فی الجمله در همه آثار فقهی جامع قدما و متأخرین در ابواب حدود و دیات، بحث شده و اختلاف معتنا بهی به چشم نمی‌خورد. لذا می‌توان این حکم را به عنوان یک ضابطه فقهی مورد اتفاق فقها برشمرد. همچنان که قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ نیز به تبع متون فقهی، تغلیظ دیه را طی مواد ۵۵۵ و ۵۵۶ پذیرفته است. علیرغم پذیرش این حکم و ضابطه فقهی، در مورد پاره‌ای از جزئیات اختلاف نظرهایی به چشم می‌خورد که در جای خود پیش روی محققان قرار دارد. در این مقاله آنچه محور گفت‌وگو قرار گرفته، مسایلی چند است که تاکنون مورد بررسی و توجه واقع نشده و فقها پیرامون آن نظریه پردازی نکرده‌اند. این مسائل عبارتند از:

۱ - ماهیت مازاد دیه در تغلیظ دیه چیست؟ دیه است یا تعزیر؟

۲ - مستحق دریافت این مقدار زاید (ثلث دیه) چه کسی است؟ اولیای مقتول یا حکومت اسلامی؟
پیش از پرداختن به سؤال‌های فوق، شایسته است نگاهی گذرا بر تعریف ماه حرام و حکم قتل در این ماه‌ها و حرم مکی داشته باشیم.

ماه‌های حرام

آن‌گونه که از شأن نزول آیه ۳۶ سوره توبه^۱ و آیه ۲۱۷ سوره بقره^۱ برمی‌آید، حکم مربوط به تعداد ماه‌های

^۱ - إِنَّ عِدَّةَ الشُّهُورِ عِنْدَ اللَّهِ اثْنَا عَشَرَ شَهْرًا فِي كِتَابِ اللَّهِ يَوْمَ خَلَقَ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضَ مِنْهَا أَرْبَعَةٌ حُرُمٌ ذَلِكَ الدِّينُ الْقَيِّمُ فَلَا تَظْلِمُوا فِيهِنَّ

حرام، حرمت داشتن آن و منع قتال در این ماه‌ها که به «اشهر حُرْم» معروف است، از احکام امضایی و مورد تأکید اسلام است، تا آنجا که تأخیر افکندن در آن و جابجایی آن مایه فزونی در کفر دانسته شده است (آیه ۳۷ سوره توبه^۱). همچنان که از مفاد آیه مورد اشاره از سوره بقره و برخی روایات به دست می‌آید، فلسفه قرار دادن ماه‌های حرام و منع جنگ و خون‌ریزی در آن، عبارت است از: تأمین امنیت راه‌های زیارت خانه خدا در ایام حج و عمره و فراهم آوردن امکان سیاحت اقتصادی و حرکت کاروان‌های تجاری در پرتو امنیت حاصل شده از قرارداد تحریم جنگ و دست برداشتن از چپاول و خون‌ریزی که عادت اعراب جاهلی بوده است (طبرسی، مجمع البیان، ۴۲/۵؛ فاضل مقداد، کنز العرفان، ۱/۳۳۰) توضیح آنکه در لسان روایات در میان ماه‌های سال دو دسته از ماه‌ها از ماه‌های دیگر ممتاز شده است. یک دسته ماه‌های سیاحت شامل: از دهم ذی‌الحجه، محرم، صفر، ربیع الاول تا دهم ربیع الثانی و دسته دیگر ماه‌های حج یا زیارت شامل: ماه سه‌گانه ذی‌القعدة، ذی‌الحجه و محرم برای حج و ماه رجب برای عمره مفرده (صدوق، ۴۵۶/۲؛ قمی، تفسیر القمی، ۶۸/۱؛ عیاشی، تفسیر العیاشی، ۸۸/۲؛ مجلسی، بحار الأنوار، ۵۳-۵۲/۹۷) البته اشتراک برخی ماه‌ها در این دو دسته نشان از آن دارد که حج و زیارت خانه خدا، در جای خود به عنوان یک سیاحت و گردشگری مذهبی هم لحاظ شده است.

مخفی نماند که حکم منع قتال در این ماه‌ها مطلق نیست، بلکه این حکم در مقابل کسی است که برای ماه حرام، حرمت قاتل است و آغازگر قتال نباشد. لذا جنگ با کسی که حرمتی برای این ماه‌ها شناسد یا آغاز کننده جنگ باشد، جایز است. (صاحب جواهر، ۳۲/۲۱) برخی این سخن را به اتفاق اصحاب نسبت داده است (طباطبایی، ریاض المسائل ط. حدیثه، ۷۸/۸).

حکم قتل در ماه حرام و حرم مکی

بر اساس فتوای فقها در صورتی که کسی در ماه حرام یا در حرم شریف مکی، دیگری را به قتل برساند، باید علاوه بر دیه نفس، یک‌سوم دیه را نیز به عنوان تغلیظ یا تشدید مجازات بپردازد (مفید، ۷۴۳؛ ابن براج، ۵۱۶/۲؛ ابن حمزه، ۴۴۰؛ ابن ادریس، ۳۲۳/۳؛ شهید اول، ۴۹۷/۴؛ حائری، ۳۱۵/۱۱؛ صاحب جواهر، ۲۶/۴۳؛ امام خمینی ۵۰۲/۲) دلیل این حکم اجماع و اخبار دانسته شده است (طوسی، الخلاف/۱۵/۲۲۳؛ شهید ثانی، الروضة البهیة، ۱۸۳/۱۰) با این حال عده‌ای در مورد الحاق حرم مکی به ماه حرام،

أَنْفُسَكُمْ وَ قَاتِلُوا الْمُشْرِكِينَ كَأَنَّهُ كَمَا يَقَاتِلُونَكُمْ كَأَنَّهُ وَ اعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ.

^۱ - يَسْتَلُونَكَ عَنِ الشَّهْرِ الْحَرَامِ قِتَالٍ فِيهِ قُلْ قِتَالٌ فِيهِ كَبِيرٌ وَ صَدٌّ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ وَ كُفْرٌ بِهِ وَ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ.

^۲ - إِنَّمَا النَّسِيءُ زِيَادَةٌ فِي الْكُفْرِ يُضَلُّ بِهِ الَّذِينَ كَفَرُوا يُحْلُونَ عَامًا وَ يُحَرِّمُونَ عَامًا لِيُؤْطُوا عِدَّةً مَا حَرَّمَ اللَّهُ فَيَحْلُوا مَا حَرَّمَ اللَّهُ زَيْنَ لَهُمْ سُوءَ أَعْمَالِهِمْ وَ اللَّهُ لَا يَهْدِي الْقَوْمَ الْكَافِرِينَ.

تردید کرده و از فتوا دهندگان مطالبه دلیل کرده‌اند (محقق حلی، نکت النهایة، ۴۰۴/۳؛ همو، شرائع الإسلام، ۲۹۹/۴؛ صیمری، ۴۲۱/۴؛ شهید ثانی، الروضة؛ خویی، مبانی تکملة المنهاج، ۲۵۱/۲). در ذیل این مسأله، مسائل دیگری مطرح شده است که تفصیل آن‌ها به جای خود واگذار می‌شود. مسائلی از قبیل: شمول حکم بر قتل خطا (به تناسب بحث در پایان مقاله سخنی در این خصوص به میان خواهد آمد)، جریان این حکم در سایر مشاهد مشرفه علاوه بر حرم مکی، عدم شمول حکم بر جنایت بر اعضای بدن و منافع و قتل اقارب (ر.ک: حسینی عاملی، ۳۶۲-۳۶۶؛ صاحب جواهر، ۲۶-۲۸).

دریافت کننده ثلث مازاد بر دیه

سخن در مورد دریافت کننده مقدار ثلث مازاد بر دیه نفس، موضوع دیگری است که در آثار تعدادی از فقها بدان پرداخته شده است. بررسی این آثار نشان‌گر آن است که همگی، مستحق دریافت را همان مستحق دریافت اصل دیه یا ولی دم می‌دانند (محقق حلی، نکت النهایة، ۴۰۵/۳؛ علامه حلی، تحریر الأحکام، ط. حدیثه، ۲۶۸/۲؛ شهید ثانی، الروضة البهیة، ۱۸۲/۱۰؛ روحانی، ۱۹۱/۲۶) گرچه کسانی ضمن پذیرش این حکم، به این نکته توجه کرده‌اند که این میزان مجازات اضافی، به خاطر هتک حرمت زمان و مکان مقدس است (صاحب جواهر، ۲۹/۴۳) برخی نیز افزون بر این ملاحظه، این حکم را به اطلاق نص و فتوا مستند کرده‌ند (حسینی عاملی، ۳۶۴/۱۰).

بدیهی است چنانچه جرم هتک حرمت زمان و مکان شریف، جرمی عمومی شناخته شود و ماهیت ثلث دیه مازاد بر دیه نفس، ماهیتی تعزیری تشخیص داده شود، مرجع دریافت آن دولت اسلامی خواهد بود. در نتیجه مبلغ مازاد، یکی از منابع مالی دولت به شمار رفته تا بدین واسطه به ترمیم امنیت از دست رفته بپردازد.

دلایل حکم تغلیظ دیه در قتل در ماه حرام و مکان شریف

۱- دلیل حکم تغلیظ دیه در قتل در ماه حرام

در برخی متون فقهی «نصوص کثیره» به عنوان مستند این حکم ذکر شده است (شهید ثانی، مسالک الألفهام، ۵۳۰/۱۵). با این حال برخی اذعان کرده‌اند که فقط یک روایت در این زمینه وجود دارد و آن روایت صحیح کلب اسدی از امام صادق (ع) است (صاحب جواهر، ۲۶/۴۳). این روایت که در منابع مختلف حدیثی آمده بدین قرار است: «قال: سألت أبا عبدالله (عليه السلام) عن الرجل يقتل في الشهر الحرام، ما دية؟ قال: دية و ثلث.» یعنی: «کلب اسدی گفت از امام صادق در باره مردی که دیگری را در

ماه حرام می‌کشد، پرسیدم که دیه مقتول چقدر است؟ حضرت فرمود: یک دیه و یک سوم.» (حر عاملی، ۲۹، ابواب دیات النفس، باب ۳، ح ۱) علاوه بر این روایت که راوی آن مورد توثیق مجامع رجالی قرار گرفته است، به نظر برخی فقها (خویی، همان، ۲۴۸) صحیحه زراره به اسناد شیخ صدوق نیز بر این حکم دلالت دارد (ابن بابویه، ۸۱/۴، ۱۹). برخی دیگر نیز معتقدند اگر کلمه «الحرم» در تعدادی از نصوص را با ضمتین - الحُرْم - بخوانیم نیز دلالت بر مطلوب دارد (صاحب جواهر، همان، ۲۶). افزون بر صحیحه کلب اسدی، نفی خلاف (خویی، همان، ۲۴۷) و اجماع به هر دو قسمش بر این حکم ادعا شده است (شهید ثانی، الروضة البهیة، ۱۸۳/۱۰؛ صاحب جواهر، همان). البته هرچند این اجماع که پیشتر نیز به آن اشاره شد، مدرکی است و در عرض روایت مزبور اعتباری ندارد، اما بیانگر تسالم و عدم اختلاف فقها در اصل حکم است و مؤیدی بر آن شمرده می‌شود.

۲- دلیل حکم تغلیظ دیه در قتل در حرم

همان‌طور که گذشت در مورد جریان حکم تغلیظ دیه در مورد قتل در حرم مکی، میان فقها اختلاف نظر است. علت مخالفت عده‌ای از فقها در این حکم «عدم نص» است (صاحب جواهر، همان، ۲۶). لکن مرحوم صاحب جواهر این مخالفت‌ها و دلیل آن را «فی غیر محله» می‌داند و حکم به شمول بر مدعا را مذهب اکثر فقها بلکه مشهور و اجماع فرقه و اخبار آن برمی‌شمارد (همان، ۲۷).

موافقان شمول حکم تغلیظ دیه بر قتل در حرم به دو خبر صحیح از زراره استناد می‌کنند. صحیحه نخست: «قلت لأبی جعفر (علیه السلام) رجل قتل رجلاً فی الحرم؟ قال علیه دية و ثلث» (حر عاملی، باب ۸ از ابواب بقیة الصوم الواجب، ح ۲؛ همان، باب ۳ از ابواب دیات النفس، ح ۴) صحیحه دیگر نیز با همین عبارت از امام صادق (علیه السلام) نقل شده است (طوسی، تهذیب الاحکام، ۲۱۶/۱۰، ح ۸۱) صرف نظر از ایرادی که به سند روایت وارد شده است (ر.ک: صاحب جواهر، همان، ۲۷) دلالت این دو روایت در صورتی تمام است که لفظ «الحرم» به فتح‌تین - الحُرْم - خوانده شود. البته صاحب جواهر با سند و مدرک ثابت می‌کند که باید این کلمه با ضمتین - الحُرْم - خوانده شود؛ هرچند خود از طرفداران جریان حکم در قتل در حَرَم است. (همان، ۲۷-۲۹) لکن محقق خویی صرف نظر از ایراد سندی (ارسال) که بر روایت وارد می‌کند، هر دو صحیحه را به خاطر اجمال کنار می‌گذارد و اجماع ادعا شده در مسأله را نمی‌پذیرد (خویی، همان، ۲۵۲-۲۵۳). سید صادق روحانی پس از اقوی دانستن عدم الحاق حرم مکی به ماه حرام، مجالی برای بحث الحاق یا عدم الحاق حرم مدینه و مشاهد مشرفه به حرم مکی نمی‌بیند (روحانی، ۱۹۳/۲۶).

از نگاه موافقان الحاق، افزون بر این دو روایت، اولویت تغلیظ مجازات قتل نفس در مقایسه با صید در حرم، به عنوان دلیل ملحق کردن حرم مکی به ماه‌های حرام، آمده است. بدین بیان که وقتی صید در حرم موجب کفاره است، به طریق اولی، قتل نفس موجب مجازات می‌شود (صاحب جواهر، همان).

ماهیت دیه مازاد (ثلث) در تغلیظ دیه

مسأله‌ای که از همه مسائل مطرح شده در این موضوع اهمیت بیشتری دارد، تبیین ماهیت مقدار مازاد دیه در تغلیظ و آثار مترتب بر آن است. مرور بر مستند اصلی حکم تغلیظ دیه، یعنی روایت کُلیب اسدی، در این خصوص چیزی به دست نمی‌دهد، اما بررسی کلمات فقها در این موضوع، نمایان می‌کند که فقها بی آنکه اشاره صریح و مستقیمی به این موضوع داشته باشند، فی الجمله فهمشان از نص مورد نظر و متون فقهی، آن است که مقدار مازاد، «ماهیت دیه» دارد و بر همین اساس، ولی دم مقتول را مستحق دریافت آن می‌دانند. به بیان دیگر اندیشه فقها در این زمینه آن است که مجازات و ضمانی که در قبال هتک حرمت زمان و مکان حرام، مقرر شده صرفاً جنبه حق الناسی (یا خصوصی) دارد نه جنبه حق اللهی (یا عمومی). بر واضح است که پذیرش هر یک از این دو جنبه آثار خاص خود را در پی خواهد داشت.

چه بسا چنین فهم و برداشتی مستظهر به ظاهر یا صریح روایت مزبور باشد؛ ظاهر این روایت که موجب ظن نوعی به حکم می‌شود و در جای خود حجت است، بیانگر آن است که سائل فقط در مورد دیه مقتول در ماه‌های حرام سؤال کرده و امام (ع) هم در پاسخ به این سؤال حکم را که شامل اصل دیه و مازاد دیه است، بیان کرده است. با این وصف باید در پی کشف قرائن یا ادله‌ای باشیم که به کمک آن‌ها بتوان از ظاهر روایت عبور کرد.

آنچه در ذهن نگارنده نقش بسته، آن است که با استناد به ادله‌ای که متعاقباً خواهد آمد امکان گذر از ظاهر خبر کلب اسدی وجود داشته و ماهیت ثلث زاید بر اصل دیه «جنبه تعزیری» دارد. در پرتو این اندیشه که برخاسته از نگرستن به فقه کیفری از دریچه فقه حکومتی بوده و پیش از این سابقه‌ای در فقه نداشته است، جرم قتل در ماه‌های حرام و حرم الاهی، ترکیبی دوگانه از جنبه حق الناسی و حق اللهی دارد. بدین ترتیب که اصل دیه مقتول، خواه مسلمان باشد یا کافر، حقی است که باید برای اولیای دم و میزان مازاد بر آن که عبارت است از ثلث دیه وی به تناسب دین، جنس و حریتش، باید به نفع جامعه و به حساب بیت‌المال استیفا شود. این اندیشه آثار دیگری را هم در پی دارد که در پایان به آن‌ها اشاره خواهد شد.

گفتنی است چه بسا علت تعزیر نپنداشتن مقدار مازاد بر مجازات مقدر در این مورد و سایر موارد مشابه، خالی بودن دست فقیهان از حکومت عدل بوده است. همان‌گونه که تاریخ سیاسی پس از علی (ع)

گویای این حقیقت است. نه تنها سیره عملی و علمی متشرعه و دانشمندان شیعه همواره پرهیز از اعانه و رکون به حکومت‌های جور بوده است، بلکه روش اجتهادی بر این استوار است که هرگاه در روایت یا فتوایی، به نوعی حمایت و تقویت حکام ظالم و مخالفین استشمام شود، حمل بر تقیه شده، کنار گذاشته می‌شود.

انگاره «تعزیر بودن مازاد دیه نفس» در مسأله مورد بحث را می‌توان بر ادله زیر بنا نهاد:

۱- تناسب با مذاق شریعت^۱ و روح حاکم بر تشریع تغلیظ دیه

آنچه از مجموع آیات و تفاسیر و روایات مربوط به تحریم جنگ، چپاول و خونریزی در ماه‌های حرام و حرم الاهی و سایر مشاهد مشرفه (بنابر پذیرش الحاق آن‌ها به ماه حرام) و اقوال فقها به دست می‌آید آن است که اراده و مذاق شارع بر آن قرار گرفته که در عین حال که قتل انسان بی‌گناه و غارت اموال مردم در هر زمان و مکانی ممنوع و موجب مسئولیت است، امنیت جامعه و مردم را با تشریع این حکم، یعنی ایجاد حرمت مضاعف برای زمان یا مکانی خاص، تأمین کند. تا آنجا که حتی جهاد با کسی که قاتل به حرمت این زمان و مکان است، ممنوع شمرده شده است (راوندی، ۱/۳۳۹؛ فاضل مقداد، ۱/۳۵۴؛ کاظمی، فاضل جواد، ۳/۳۱۲). با این حال برخی حکم حرمت جنگ در ماه حرام را یک حکم تألیفی می‌دانند که ولی امر اگر موضوع اهمی را دید، می‌تواند آن را بر این حکم مقدم کرده و دست به نبرد بزند (سبزواری، ۹۷/۱۵) معنی این سخن آن است که اگرچه تحریم جنگ در این چهار ماه برای حفظ امنیت مسلمانان و گروه مقابلشان جعل شده است، اما اگر شرایط و مصلحت به گونه‌ای باشد که به تشخیص ولی امر، حفظ امنیت در جنگیدن باشد، این حکم کنار گذاشته می‌شود.

اما جای آن است که پرسیده شود چگونه این مذاق از تنها دلیل معتبر و متقن تغلیظ دیه که همان صحیح کلب اسدی است، تحصیل می‌شود؟ این پرسش بجا و درست، این‌گونه پاسخ داده می‌شود که: برای پرسشگر و راوی این روایت، که شخصیتی پرفضیلت و مورد مدح و ترحم امام صادق (ع) بوده،^۲ بعید است که ضمان قصاص و دیه در برابر قتل دیگری را که از بدیهیات است، ندانسته و باورکردنی نیست که او از اصل دیه سؤال کند، یا فکر کرده باشد که بهای خون انسان در ماه حرام یا مکان محترم افزوده می‌شود؛

^۱ - مذاق شریعت، به معنای برداشت فقیه متبحر از مبانی احکام فقهی است که در موارد فقدان ادله خاص و عمومات و قواعد کلی، به آن تمسک می‌نماید (جمعی از نویسندگان، فرهنگ‌نامه اصول فقه، ۷۱۵).

^۲ - روی عن محمد بن معلى النبی، عن الحسن بن حماد الخزاز، عن کلب قال: قال رجل لأبي عبد الله عليه السلام: أ يحب الرجل الرجل ولم يره؟ قال: هو ذا أنا أحب كلب الصيداوى ولم أره. (کشی، ۳۴۰؛ حائری، منتهی المقال، ۲۵۷/۵) علی بن إسماعیل، عن حماد بن عیسی، عن حسین بن مختار، عن أبی أسامة، قال: قلت لأبی عبد الله ع: إن عندنا رجلاً یسمی کلباً، فلا یجیء عنکم شیء إلا قال أنا أسلم، فسمینا کلباً بتسلیمه به، قال: فترحم علیه أبو عبد الله ع، و قال: أ تدرون ما التسلیم؟ فسکتنا، فقال: هو والله الإخبات، قول الله عز و جل: (الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَ اخْتَبَوْا إِلَىٰ رَبِّهِمْ). (کشی، ۳۳۹؛ خویی، معجم رجال الحديث، ۱۲۵/۱۵).

بلکه بر اساس آنچه از قرآن کریم در مورد حرمت ماه حرام و منع قتل در آن آموخته، سؤال خویش را بر محور مجازات هتک حرمت و اخلال در امنیت، از امام پرسیده و در پی آن است که اراده امام (ع) یا مذاق وی را در این مورد بیابد.

این مذاق یا روح قانون شرعی، در گفتار دانشیان فقه نیز مشهود است. مروری بر سخن فقها پیرامون این مطلب بیانگر آن است که ایشان به نوعی اتفاق نظر دارند که این میزان اضافه بر دیه، به ازای «هتک حرمت» زمان و مکان مقدس جعل شده است (مفید، ۷۴۳ - ۷۴۴؛ ابن براج، ۵۱۶/۲؛ ابن حمزه، ۴۴۰؛ محقق حلی، نکت النهایة، ۴۰۴ - ۴۰۵؛ شهید اول، غایة المراد، ۴۹۸/۴؛ فاضل هندی، ۳۱۴/۱۱؛ حسینی عاملی، ۳۶۴/۱۰؛ صاحب جواهر، ۲۹/۴۳؛ روحانی، ۱۹۱/۲۶). این در حالی است که به «هتک حرمت» به عنوان علت حکم، در هیچ نصی تصریح نشده است و شاید بتوان آن را به اعتبار شهرت فتوایی معتبر دانست و بر اساس آن نظر داد که: «علت تغلیظ دیه قتل در ماه حرام و مکان حرام، انتهاک حرمت است.» این شهرت هم شهرتی است که در آن قدماء حضور دارند و اعتبار چنین شهرتی، فی الجمله نزد فقها مسلم است. حاصل سخن آنکه: مذاق شارع بر این استوار است که مقدار زاید بر دیه صرفاً به خاطر زیر پا گذاشته شدن حرمت این زمان‌ها و مکان‌ها بوده و تعزیری است که به ازای جنبه عمومی جرم قتل تشریع شده است. همچنانکه در مقابل جنبه خصوصی آن، پرداخت دیه نفس فرض شده است.

۲- تنقیح مناط و الغای خصوصیت

تنقیح مناط و الغای خصوصیت^۱ روشی اجتهادی است که می‌توان از آن برای اثبات تعزیر بودن مقدار مازاد بر دیه به آن استمداد جست. در ادامه طی بررسی دو موضوع، از این روش برای اثبات مدعای خود بهره خواهیم برد:

مورد نخست: مازاد دیه در قتل کافر ذمی؛ به اجماع فقها و نصوص مستفیضة، دیه قتل کافر ذمی، اعم از یهودی، نصرانی یا مجوسی، «هشتصد درهم» است (صاحب جواهر، ۳۸) این اتفاق نظر، محدثان را واداشته است که در مجامع روایی خود بایی را به همین مضمون بگشایند و روایات متعددی را ذیل آن بیاورند (حر عاملی، ۲۹/۲۱۷). علیرغم این، روایات معتبری در همین مجامع روایی آمده است که دیه این دسته از غیر مسلمین به اندازه «دیه مسلم»^۲ یا «چهار هزار درهم»^۱ بیان شده است. فهم و برداشت فقها از

^۱ - روشی است که مجتهد به وسیله آن قصد شارع را از کلام وی استخراج می‌کند. در این روش، مجتهد با دقت اوصافی که در مناط حکم شارع آمده است را بررسی کرده و اوصافی را که در حکم دخالت ندارد، الغاء کرده و به این ترتیب مناط واقعی حکم را به دست آورده و از این طریق طریق دامنه حکم را گسترش می‌دهد و موضوعات دیگری را که در مورد آن نص وارد نشده است، در تحت آن داخل می‌نماید (ر.ک: جمعی از نویسندگان، فرهنگ‌نامه اصول فقه، ۳۶۶).

^۲ - مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ ابْنِ مُجُوبٍ عَنْ أَبِي أَيُّوبَ عَنْ سَمَاعَةَ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَ عَنْ مُسْلِمٍ قَتَلَ ذِمِّيًّا - فَقَالَ هَذَا شَيْءٌ

روایات اخیر آن است که میزان مازاد بر هشتصد درهم، تعزیری است که امام (ع) برای قاتل در نظر گرفته است. ذکر سخن صریح صاحب جواهر در این خصوص خالی از فایده نیست. وی در توجیه روایاتی که دیه کافر ذمی را بیش از هشتصد درهم مقرر کرده است می‌فرماید: «ذلک لیس دیه و انما هو تعزیر من الحاکم أو کالتعزیر» و در ادامه شواهدی را به مدد گرفته است (۴۳/ ۴۰).

افزون بر آنچه گفته شد، در برخی روایات کشتن کافر ذمی، مستوجب قتل که گاهی از آن به قصاص یاد شده است، شناخته شده است (کلینی، ۳۰۹/۷، احادیث ۴، ۸ و ۱۲؛ طوسی، تهذیب الاحکام، ۱۰/ ۱۸۹، احادیث ۳۸ تا ۴۳) بدیهی است این مجازات که نه در قالب حدود و نه در قالب قصاص (به علت فقدان مماثلت در دین) نمی‌گنجد، «ماهیت تعزیری» به خود می‌گیرد. مگر آنکه گفته شود قتل وی به خاطر افساد فی الارض است. که در پاسخ گفته می‌شود: اولاً مستقل انگاشتن جرم افساد محل بحث است. ثانیاً بر ارتکاب قتل کافر ذمی، وصف افساد فی الارض صدق نمی‌کند. بله، شاید اعتیاد به قتل ایشان را بتوان افساد دانست؛ اما همان‌گونه که در روایات مشهود است، هیچ یک ناظر به ارتکاب قتل به طور مکرر نیست؛ بلکه تدبیری است برای پیشگیری از ارتکاب بعدی این جرم. ثالثاً چنانچه قتل وی اجرای حدّ افساد باشد، پرداخت فاضل دیه به او معنی ندارد.

بنابراین نمی‌توان مجازات قاتل اهل ذمه را مجازات جرم حدی افساد فی الارض دانست و گرچه در برخی روایات، لفظ «قصاص یا قود» به کار رفته، اما این الفاظ به معنی مصطلح فقهی نیست، بلکه به معنی مجازات اعدام است که بار دّ فاضل دیه کافر و مسلمان، انجام می‌شود.

در پاره‌ای روایات (که نمونه‌ای از آن در هامش این مقاله آمده است) این تعزیر به خاطر جنایتی جعل شده است که مردم توان تحمل آن را ندارند (هذا شیء شدید لا یحتمله الناس). کنایه از اینکه این گونه قتل‌ها نظام اجتماع را مختل می‌کند؛ لذا قاتل باید به اندازه دیه مسلمان به اهل او پرداخت کند تا از کشتن مجدد ایشان بازداشته شود (حتی ینکل عن قتل اهل السواد و عن قتل الذمی). به این ترتیب، امام (ع) حساب اصل دیه ذمی را از حساب تعزیری که به ازای شنائت و قبح کاری که انجام داده و هرآینه ممکن

شَدِیدٌ لَا یَحْتَمِلُهُ النَّاسُ فَلِیُعْطَ أَهْلُهُ دِیَةَ الْمُسْلِمِ - حَتَّى یَنْکَلَ عَنْ قَتْلِ أَهْلِ السَّوَادِ وَ عَنْ قَتْلِ الذِّمِّ - ثُمَّ قَالَ لَوْ أَنَّ مُسْلِمًا غَضِبَ عَلَى ذِمِّي فَأَرَادَ أَنْ یَقْتُلَهُ وَ یَأْخُذَ أَرْضَهُ وَ یُؤَدِّيَ إِلَى أَهْلِهِ ثَمَانِمِائَةَ دِرْهَمٍ إِذَا یَکْثُرُ الْقَتْلُ فِی الذِّمِّینَ - وَ مَنْ قَتَلَ ذِمِّيًّا - ظَلَمًا فَإِنَّهُ لَیَحْرُمُ عَلَى الْمُسْلِمِ أَنْ یُقْتَلَ ذِمِّيًّا حَرَامًا مَا آمَنَ بِالْجُزْیَةِ وَ أَدَاَهَا وَ لَمْ یَجْهَدْهَا. عَنْ أَبَانَ عَنْ زُرَّارَةَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: مَنْ أَعْطَاهُ رَسُولُ اللَّهِ ص دِمَّةً فَدِیَّتُهُ کَامِلَةٌ قَالَ زُرَّارَةُ فَهَؤُلَاءِ قَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ ع - وَ هَؤُلَاءِ مَنْ أَعْطَاهُمْ دِمَّةً. (وسائل الشیعة، ج ۲۹، باب ۱۴ از ابواب دیات النفس، حدیث ۱ و ۳)

۱- عَنْ أَبِي بصیرٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: دِیَةُ الْیَهُودِیِّ وَ النَّصْرَانِیِّ أَرْبَعَةُ أَلْفٍ دِرْهَمٍ ... (همان، حدیث ۴)

۲- بِه عنوان نمونه: عَنْ أَبِي بصیرٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: إِذَا قَتَلَ الْمُسْلِمُ النَّصْرَانِیَّ فَأَرَادَ أَهْلُ النَّصْرَانِیِّ أَنْ یَقْتُلُوهُ قَتْلًا وَ أَدَّوْا فَضْلًا مَا بَيْنَ الدِّیَّتِینِ. (کلینی، ۳۰۹/۷، حدیث ۸)

است امنیت جامعه را به هم بریزد جدا کرده است. جالب است که حر عاملی باب ۱۴ از ابواب دیات النفس را به عنوان «باب أن من اعتاد قتل اهل الذمة فعليه دية المسلم، او اربعة آلاف درهم حسبما يراه الامام» نام نهاده و به صراحت به ماهیت تعزیری مقدار مازاد بر هشتصد درهم تصریح کرده است (همان، ۲۹/۲۲۱) به هر تقدیر، مسلم است که مقدار مازاد بر دیه کافر ذمی، یا قتل یا قصاص قاتل، جنبه تعزیر دارد.

حال نوبت به تنقیح مناط و الغای خصوصیت، جهت سرایت حکم به موضوع مورد گفت‌وگو است. بدین ترتیب که در روایات مورد اشاره، جعل مازاد دیه برای کافر ذمی، اولاً به خاطر ذمی بودن مقتول نیست. چرا که بر اساس نصوص معتبر و اجماع فقها، دیه کافر ذمی هشتصد درهم است. ثانیاً به خاطر حرمت داشتن خون کافر ذمی هم نیست. همچنان که شیخ صدوق، ذیل روایت زراره از امام صادق (ع) که می‌فرماید: «دیه ذمی، دیه کامل است»، می‌گوید: «مجازات قتل، برای قاتل عمدی کافر ذمی، به خاطر مخالفتش با حکم امام مسلمین است نه به خاطر حرمت او.» (ابن بابویه، ۹۲/۴) ثالثاً به خاطر صرف اعتیاد به قتل کافر نیست. بلکه تنها خصوصیت و «مناط قطعی» که در این روایات برای علت حکم باقی می‌ماند، «حفظ امنیت و نظام اجتماع» است؛ به طوری که طبق بیان امام (ع) مردم قادر به تحمل آشوب و ناامنی و اختلال نظم ناشی از کشتار اهل ذمه نیستند.

پس از کشف این مناط قطعی (با یادآوری این نکته که نه در روایت کلیب نه در روایتی دیگر به هیچ مناطی، برای تعزیر دانستن مازاد دیه مقتول در ماه حرام یا حرم، تصریح نشده است) اکنون نوبت تسری دادن آن به مسأله مورد بحث است. به این بیان که: از سویی، بر اساس شهرت فتوایی که اشاره شد، جعل ثلث دیه علاوه بر دیه نفس، به خاطر «انتهاک حرمت زمان یا مکان مقدس» است. از دیگر سو، بر اساس تفاسیر آیات مربوط به ماه‌های حرام، مهم‌ترین فلسفه جعل حرمت برای این ماه‌ها، «حفظ امنیت» راه‌های زیارت خانه خدا و امنیت کاروان‌های زیارتی و تجاری آن زمان بوده است. بنابراین می‌توان گفت همچنان که در مورد مازاد دیه ذمی، حفظ امنیت، ملاک و مناط تعزیر بودن آن است، در اینجا نیز همین ملاک می‌تواند مبنای تعزیر دانستن ثلث دیه نفس، در صورت وقوع قتل در ماه حرام و مکان حرام قرار گیرد.

به بیان دیگر، امنیت و حفظ نظام اجتماعی هم از اهمّ اموری است که مورد توجه عموم مردم و حکومت است، به طوری که هرگاه این امنیت و نظم مورد تجاوز قرار گیرد، مجازات جنبه عمومی داشته و اعمال آن در اختیار حاکم است. خواه این امنیت به وسیله قتل کافر ذمی به خطر افتد یا به خاطر قتل در زمان و مکان محترمی که مردم در آن احساس امنیت کرده‌اند و امور اقتصادی و معیشت خود را در سایه آن سامان می‌دهند.

مورد دوم: مجازات مازاد بر حد در صورت نقض قداست زمان و مکان مقدس

در اعمال مجازات حدی، گاهی به خاطر زیر پا گذاشتن قداست زمان یا مکان یا حالت خاص جرم و مجرم، مقداری مجازات اضافه بر حد مقدّر، بر مجرم تحمیل می‌شود (شیخ طوسی، النهایه، ۷۱۷ و ۶۹۸) که تعیین میزان آن «به نظر حاکم» است. مانند ارتکاب زنا در ماه رمضان یا روز جمعه یا در مسجد یا مکان مقدس دیگر یا شرب خمر در ماه مبارک رمضان (علامه، تحریر الأحکام ط. حدیثه، ۳۴۲/۵؛ شهید ثانی، مسالک الأفهام، ۴۰۰/۱۴؛ محقق حلی، شرائع الإسلام، ۱۴۶/۴؛ طباطبایی، ریاض المسائل ط. قدیمه، بی‌تا، ۴۷۴/۲؛ صاحب جواهر، همان، ۳۷۳/۴۱؛ تبریزی، ۱۷۵؛ امام خمینی، ۴۲۳/۲، م ۶؛ فاضل لنکرانی، ۲۷۶) پر واضح است که وقتی گفته می‌شود تعیین مقدار زاید بر حد، به نظر حاکم (قاضی) بستگی دارد، ماهیت آن، تعزیر است نه چیزی دیگر.

مستند قول مشهور فقها در این حکم، علاوه بر عدم خلاف در مسأله و حکم عقل به قباحت زیاد انتهاک حرمت زمان و مکان شریف و استحقاق تعزیر (فاضل لنکرانی، همان) مرسله (یا مرفوعه) ابی مریم در مورد شرب خمر در ماه رمضان است؛^۱ مطابق این روایت که ضعف سند آن با عمل اصحاب جبران شده است، حضرت علی (ع) شارب خمر را افزون بر حد - هشتاد تازیانه - بیست ضربه بیشتر زد و علت را اینگونه بیان فرمود که: «هذا لجراؤک علی شرب الخمر فی شهر رمضان».

البته مخفی نماند که هرچند برخی فقها از این روایت و تعلیل مصرح در آن استفاده عموم کرده و حکم را به غیر مورد روایت تسری داده و این امر را به فهم اصحاب منسوب کرده‌اند، (صاحب جواهر، ۳۷۴/۴۱؛ طباطبایی، ریاض المسائل ط. قدیمه، ۴۷۴/۲)؛ اما برخی دیگر صرف نظر از ضعف روایت مورد اشاره، سریان حکم روایت به غیر شرب خمر در ماه رمضان را نپذیرفته و استفاده تعمیم از آن را غیر منصفانه دانسته‌اند (گلبایگانی، ۴۹۷) برخی دیگر نیز این امر را مشکل دانسته و آن را مغایر قاعده درء و تخفیف مطلوب شارع دانسته‌اند (موسوی اردبیلی، ۷۱۷/۱).

اکنون به پیروی از مشهور فقها مبنی بر عمل طبق روایت و تعمیم آن به سایر موارد مشابه و عبور از نص، سخن را در مورد موضوع گفت‌وگو - یعنی هتک حرمت ازمنه و امکان مشرفه - پی می‌گیریم. بدین ترتیب که اولاً با عطف توجه به سخن فقیهان که به درستی مجازات ثلث مازاد دیه را به خاطر هتک حرمت

^۱ - أبو علی الأشعری عن مُحَمَّد بنِ سَالِم عنِ أَحْمَد بنِ الثَّوْر عنِ عَمْرُو بنِ شَمْر عنِ جَابِر رَفَعَه عنِ أَبِي مَرْيَم قال: أتى أمير المؤمنين ع بالثَّوْجاشي الشاعر قد شرب الخمر في شهر رمضان فضربه ثمانين ثم حبسه ليلة ثم دعا به من الغد فضربه عشرين سوّطاً فقال له يا أمير المؤمنين فقد ضربتني في شرب الخمر وهذه العشرون ما هي فقال هذا لتجريبك على شرب الخمر في شهر رمضان (كليني، ۲۱۶/۷) هر چند این روایت مرسله (یا به تعبیر بعضی مرفوعه) است اما این ضعف با عمل فقها جبران شده است (فاضل لنکرانی، همان) همان‌طور که صاحب جواهر از آن نفی خلاف کرده است (۳۷۴/۴۱).

این زمان‌ها و مکان‌ها می‌دانستند، می‌توان علت منصوص در روایت ابی مریم را اینگونه به مسأله مورد بحث سرایت داد که: «همانگونه که حضرت برای حفظ حرمت ماه رمضان و حسم جرأت بر ارتکاب دوباره شرب خمر در ماه رمضان، مجازات شلاق تعزیری مازاد بر حد مقرر داشته است، در مورد قتل در ماه و مکان حرام نیز، همین دلیل ساری و جاری است. بنابراین دیه مازاد بر دیه نفس نیز جنبه تعزیر داشته و حکم آن به دست حاکم است.»

ثانیاً از طریق تنقیح مناط و الغای خصوصیت، این حکم دست یافتنی است. بدین صورت که جعل تعزیر شلاق مازاد بر حد شرب، از یک سو به خاطر شاعر بودن شارب خمر نبوده است. از سوی دیگر به خاطر صرف شرب خمر هم نبوده است. پس همان‌طور که امام (ع) تصریح کرده است، تنها می‌تواند به خاطر هتک حرمت زمان شریف یعنی ماه مبارک رمضان باشد. با کشف این مناط قطعی می‌توان گفت که هر جا هتک حرمت زمان یا مکان مقدس صورت گیرد، امکان حکم به تعزیر وجود دارد. این فهم فقهی به صراحت در آثار برخی فقیهان به چشم می‌آید (گلپایگانی، ۱/ ۴۹۷).

۳- مجازات مستقل انگاشته شدن میزان مازاد

مشهور فقها بر آنند که ثلث دیه، زمانی از قاتل اخذ می‌شود که ولی دم مقتول به گرفتن دیه رضایت داده باشد (صاحب جواهر، همان، ۲۹) یا اصولاً موضوع قصاص منتفی باشد، مثل آنکه قتل شبه عمد بوده یا قاتل فوت یا فرار کرده باشد. لذا در موردی که ولی دم متقاضی قصاص قاتل باشد، امکان اخذ ثلث مازاد وجود ندارد. در مقابل این نظر، شهید ثانی قائل به وجوب ثلث دیه در فرض قصاص قاتل است. (به نقل از صاحب جواهر، همان، ۲۹). این قول هرچند شاذ است، لکن بیانگر آن است که شهید برای مجازات مازاد بر دیه، ماهیتی مستقل از دیه نفس در نظر گرفته است. در این فرض جز آنکه گفته شود مقدار مازاد جنبه تعزیر دارد، چاره دیگری وجود ندارد؛ چرا که نمی‌توان برای مقتول و اولیای او، هم قاتل به حق قصاص شد هم قاتل به حق دریافت خونبها. در مقابل نمی‌توان برای جانی دو مجازات در حق مجنی‌علیه در نظر گرفت.

سؤال یا اشکال مهمی که در اینجا قابل طرح است آن است که اگر ماهیت ثلث مازاد بر دیه را تعزیر بدانیم، آیا شامل قتل شبه عمد و خطا در ماه حرام و مکان مقدس می‌شود یا خیر؟ به عبارت دیگر از آنجا که عنصر معنوی جرم در این نوع قتل‌ها مفقود است، لذا اصولاً قابل تعزیر نیستند تا بگوییم تعزیر ثلث مازاد بر دیه نسبت به این قتل‌ها ثابت باشد. برای رسیدن به پاسخ این سؤال ابتدا باید دانست که چه نوع قتلی مشمول حکم تغلیظ دیه است (البته این موضوع تحقیق مستقلی را می‌طلبد که به جای خود واگذار می‌شود).

در این باره بین فقها دو نظریه مطرح است؛ قول اول که نویسنده مقاله به آن گرایش دارد، آن است که عده‌ای صرفاً قتل عمد را موضوع این حکم دانسته و علت این انحصار را خلاف اصل بودن قانون تغلیظ و اکتفا به قدر متیقن و عدم انتهاک حرمت در قتل غیر عمد برمی‌شمارند (فاضل هندی، ۱۱/ ۳۱۵؛ ابن حمزه، الوسيلة، ۴۴۰). در مقابل، اکثر قریب به اتفاق فقها با مطلق‌گویی، این حکم را به انواع سه‌گانه قتل تعمیم می‌دهند (مفید، ۷۴۳، ابن براج، ۲/ ۵۱۲؛ ابن ادریس، ۳/ ۳۲۳؛ محقق حلی، نکت النهایة، ۳/ ۴۰۴). این گروه ادله‌ای لفظی و سیاقی را برای رأی خود بیان کرده‌اند. در تقویت این قول می‌توان گفت انتهاک از عناوین قصديه نیست تا علم و عمد در آن نقش داشته باشد، لذا با ارتکاب قتل، اثر وضعی آن یعنی هتک حاصل می‌شود، چه قاتل علم به حکم داشته باشد و قصد هتک حرمت کرده باشد یا چنین علم و قصدی نداشته باشد. به گفته صاحب جواهر قاتل خطایی اگر چه گناه‌گار نیست اما منتهک به حساب می‌آید و ضامن ثلث دیه مازاد است و بر این امر ادعای نص و اجماع هم شده است (صاحب جواهر، ۴۳/ ۲۸). همان‌گونه که بر قاتل خطایی کفاره قتل نیز واجب است، هرچند قصدی بر ارتکاب قتل نداشته است (حسینی عاملی، ۱۰/ ۳۶۳) همانند جریمه‌های رانندگی که اگر عمدی هم در آن نباشد، مستوجب جریمه شده و کسی مأمور اعمال‌کننده قانون را سرزنش نمی‌کند.

به هر ترتیب، بر مبنای نظریه نخست اگر حکم تغلیظ را صرفاً مربوط به قتل عمد بدانیم، موضوع جریمه ثلث مازاد بر دیه در قتل شبه عمد و خطا به خاطر فقدان عنصر عدوان و قصد مجرمانه، منتفی است. لذا بحث در مورد ماهیت آن بی‌فایده است. اما بر مبنای مشهور که حکم تغلیظ را در قتل شبه عمد و خطا روا می‌دانند، تعزیر مورد نظر ثابت می‌شود. البته اگر هتک خودبه‌خودی را نپذیریم بدیهی است که این تعزیر برای این دو نوع قتل ثابت نخواهد شد. چه اینکه همان‌گونه که گذشت مبنای تعزیر انگاشتن ثلث مازاد بر دیه، هتک حرمت و مخالفت با قانون و حکم امام مسلمین است.

ناگفته نماند که مرحوم صاحب جواهر، هرچند در مسأله مورد اشاره ابتدا به مخالفت با قول مرحوم اصفهانی (فاضل هندی) در کشف اللثام و طرفداری از مشهور پرداخته و ادله ایشان را تقویت می‌کند، اما در ادامه از قول اقلیت مبنی بر جریان حکم تغلیظ دیه در قتل عمد و عدم شمول آن بر قتل شبه عمد و خطا، پیروی می‌کند (همان، ۲۸).

نکته پایانی اینکه مقدر بودن میزان تعزیر (ثلث دیه مقتول) نیز مانعی برای تعزیر دانستن آن نیست. همان‌طور که بسیاری از تعزیرات مصرح در منابع فقهی میزان منصوص و مقدر برای آن‌ها در نظر گرفته شده است. نمونه آن تعزیر قاتل اهل ذمه به پرداخت دیه کامل مسلمان یا چهار هزار درهم است که بحث آن پیشتر از نظر گذشت. یا تعزیر کسی که در روز ماه رمضان با همسر خود هم‌بستر شود که اگر با مطاوعه

همسر بوده هر یک به ۲۵ ضربه شلاق و اگر با اکراه همسر بوده، مرد به ۵۰ ضربه شلاق، محکوم می‌شود (کلینی، همان، ۲۴۲، ۱۲) یا کسی که در حال حیض با همسر خود جماع کند به ۲۵ ضربه محکوم می‌شود (همان، ۱۳).

آثار تعزیر دانستن ثلث دیه مازاد بر دیه نفس در قتل در زمان و مکان مقدس

ا. تعلق داشتن مبالغ حاصل از این مجازات به حکومت اسلامی است. این اثر ناشی از جنبه عمومی یا حق‌اللهی جرم قتل در زمان و مکان شریف، در کنار جنبه خصوصی یا حق‌الناسی آن است. دو بعدی بودن این جرم ایجاب می‌کند دیه کامل، به ولی دم و مجازات مالی ثلث دیه مقتول به خاطر هتک حرمت زمان و مکان مقدس و اخلال در امنیت آن، به مجنی‌علیه واقعی یعنی مردم تعلق گیرد. در این مورد دولت اسلامی به نمایندگی از عموم مردم در کنار استیفای حق افراد، حقوق جامعه را استیفا می‌کند.

ب. تأمین و تقویت منابع مالی حکومت اسلامی و مصرف آن در جهت استقرار امنیت و حفظ حقوق و مصالح عمومی؛

ت. عدم سقوط این مجازات تعزیری با قصاص قاتل یا عفو وی؛

ث. غیر قابل گذشت بودن ثلث مازاد بر دیه نفس از سوی شاکی خصوصی یا ولی دم؛

ج. عدم نیاز به شکایت از سوی شاکی خصوصی برای استیفای حقوق مردم در مورد اخلال در امنیت.

ح. عدم لزوم پرداخت ثلث مازاد دیه از سوی دولت در مواردی که دیه مقتول از بیت‌المال پرداخت می‌شود. (در ماده ۵۵۶ ق.م.ا. برای دولت چنین الزامی ایجاد شده است).

خ. عدم لزوم پرداخت این تعزیر مالی از سوی عاقله و لزوم پرداخت آن توسط قاتل در قتل خطایی (بنابر قول مشهور مبنی بر تعمیم حکم تغلیظ دیه بر قتل خطایی).

د. قابلیت تعلیق، تبدیل، تخفیف یا تعطیل این تعزیر از سوی حاکم اسلامی به خاطر عارض شدن عناوین ثانویه و به موجب حکم ثانوی.

نتیجه‌گیری

نگریستن به گزاره‌های فقهی از دریچه فقه حکومتی، به متبّع در فقه نگرشی متفاوت از آنچه در فقه سنتی است، می‌بخشد. به ویژه در مسایلی که تنظیم‌کننده روابط اجتماعی است، مانند فقه کیفری که از یک سو بر روابط جانی و مجنی‌علیه و از سوی دیگر بر روابط حکومت با آن‌ها حاکم است. از رهگذر این اندیشه است که می‌توان به درستی، فقه را تئوری اداره جامعه دانست و انتظار داشت پاسخ‌گوی نیازهای نهفته در ابعاد گوناگون اجتماعی باشد. بنابراین اگر از این منظر، به مسأله تغلیظ دیه قتل در ماه‌های حرام و

حرم امن مکی نگریسته شود، فرضیه پیش گفته مبنی بر «تعزیر بودن یک سوم مازاد دیه» به اثبات خواهد رسید. چه اینکه این جرم مرکب از جنبه خصوصی و جنبه عمومی بوده و در ازای هر یک جریمه خاصی مقرر می شود. بدین ترتیب که قاتل هتک کننده حرمت زمان یا مکان شریف که در واقع با حکم الهی و قانون ولی امر در این خصوص مخالفت کرده و امنیت عمومی مورد حمایت شارع را مختل کرده است، محکوم به پرداخت دیه کامل نفس به ولی دم و ثلث آن به دولت اسلامی می شود.

دست یابی به این حکم بر روش اجتهادی تنقیح مناط و الغای خصوصیت از موارد مشابه در فقه کیفری اسلام و تحلیل نصوص مربوط، مبتنی است و آثار متعدد فقهی و حقوقی بر آن بار می شود. احتساب این تعزیر مالی، به عنوان یکی از منابع مالی دولت اسلامی در جهت تأمین امنیت و رفاه اقتصادی و اجتماعی از مهمترین آثار پذیرش این حکم است.

به تبع اثبات فرضیه گفته شده، تغییر مواد مرتبط با این موضوع در قانون مجازات جمهوری اسلامی (مواد ۵۵۵ و ۵۵۶) ایران مورد انتظار است.

منابع

- ابن ادریس، محمد بن احمد، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
- ابن بابویه، محمد بن علی، *من لا یحضره الفقیه*، بیروت، دار الاضواء، ششم، ۱۴۰۵ ق.
- ابن براج، عبد العزیز، *المهذب* (لابن البراج)، قم، دفتر انتشارات اسلامی، اول، ۱۴۰۶ ق.
- اردبیلی، عبد الکریم موسوی، *فقه الحدود و التعزیرات*، قم، مؤسسه النشر لجامعة المفید رحمه الله، دوم، ۱۴۲۷ ق.
- تبریزی، جواد بن علی، *أسس الحدود و التعزیرات*، قم، دفتر مؤلف، ۱۴۱۷ ق.
- جمعی از نویسندگان، *فرهنگ نامه اصول فقه*، قم، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۸۹.
- حائری، ابوعلی، *منتهی المقال فی معرفة الرجال*، قم، مؤسسه آل البيت (ع)، ۱۴۱۶ ق.
- حر عاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه*، قم، مؤسسه آل البيت (ع) لأحیاء التراث، الطبعة الثانية، ۱۴۱۴ ق.
- حلی، مقداد بن عبد الله سیوری، *کنز العرفان فی فقه القرآن*، قم، انتشارات مرتضوی، ۱۴۲۵ ق.
- خمینی، روح الله، *تحریر الوسيله*، تهران، منشورات مکتبه الاعتماد، چهارم، ۱۴۰۳ ق.
- خونی، ابوالقاسم، *مبانی تکمله المنهاج*، تهران، مؤسسه احیاء آثار الامام الخویی، چهارم، ۱۴۳۰ ق.
- _____، *معجم رجال الحديث و تفصیل طبقات الرواة*، بی جا، بی نا، ۱۴۱۳ ق.
- راوندی، سعید بن عبد الله، *فقه القرآن*، قم، انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، دوم، ۱۴۰۵ ق.

روحانی قمی، صادق حسینی، *فقه الصادق علیه السلام*، قم، دار الکتاب - مدرسه امام صادق علیه السلام، اول، ۱۴۱۲ ق.

سبزواری، عبد الأعلى، *مهذب الأحكام* (للسبزواری)، مؤسسه المنار - دفتر حضرت آية الله، چهارم، ۱۴۱۳ ق. شهید اول، محمد بن مکی، *غایة المراد فی شرح نکت الإرشاد*، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، اول، ۱۴۱۴ ق.

شهید ثانی، زین الدین بن علی، *الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*، قم، کتاب فروشی داوری، اول، ۱۴۱۰ ق.

_____، *مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام*، قم، مؤسسة المعارف الإسلامية، ۱۴۱۳ ق.

صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام*، دار إحياء التراث العربی، هفتم، ۱۴۰۴ ق. بیروت،

صیمری، مفلح بن حسن (حسین)، *غایة المرام فی شرح شرائع الإسلام*، بیروت - لبنان، دار الهادی، اول، ۱۴۲۰ ق.

طباطبائی کرلایی، علی بن محمد علی، *ریاض المسائل* (ط - الحدیثة)، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، چاپ اول، ۱۴۱۸ ق.

_____، *ریاض المسائل* (ط - القدیمة)، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، اول، بی تا.

طبرسی، فضل بن حسن، *مجمع البیان فی تفسیر القرآن*، تهران، ناصر خسرو، سوم، ۱۳۷۲.

طوسی، محمد بن حسن، *الخلاف*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، اول، ۱۴۰۷ ق.

_____، *النهاية*، بیروت، دار الکتب العربی، ۱۳۹۰ ق.

_____، *تهذیب الاحکام*، لبنان، بیروت، دارالاضواء، ۱۴۰۶ ق.

طوسی، محمد بن علی بن حمزه، *الوسيلة إلى نیل الفضيلة*، در یک جلد، قم، انتشارات کتابخانه آية الله مرعشی نجفی، اول، ۱۴۰۸ ق.

عاملی، جواد بن محمد حسینی، *مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه* (ط - القدیمة)، بیروت، دار إحياء التراث العربی، ۱۴۱۹ ق.

علامه حلّی، حسن بن یوسف، *تحریر الأحکام الشرعیة علی مذهب الإمامیة* (ط - الحدیثة)، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۲۰ ق.

_____، *تحریر الأحکام الشرعیة علی مذهب الإمامیة* (ط - القدیمة)، مشهد، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، اول، بی تا.

شماره ۱۲۱	فقه و اصول	۱۴۰
	عیاشی، محمد بن مسعود، <i>تفسیر العیاشی</i> ، تهران، مکتبه العلمیه الاسلامیه، اول، ۱۳۸۰ ق.	
	فاضل لنکرانی، محمد، <i>تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله / کتاب الحدود</i> ، قم، مرکز فقه الاثمه الاطهار، سوم، ۱۴۲۷ ق.	
	فاضل مقداد، مقداد بن عبدالله، <i>کنز العرفان فی فقه القرآن</i> ، تهران، مرتضوی، اول، ۱۳۷۳.	
	فاضل هندی، محمد بن حسن، <i>كشف اللثام والإبهام عن قواعد الأحكام</i> ، قم، دفتر انتشارات اسلامی، اول، ۱۴۱۶ ق.	
	قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲.	
	قمی، علی بن ابراهیم، <i>تفسیر القمی</i> ، قم، دار الکتب، سوم، ۱۳۶۳ ق.	
	کاظمی، فاضل، جواد بن سعد اسدی، <i>مسالك الأفهام إلى آیات الأحكام</i> ، بی نا، بی نا.	
	کشی، محمد بن عمرو، <i>اختیار معرفة الرجال</i> (رجال کشی)، مشهد، مرکز تحقیقات و مطالعات دانشکده الهیات دانشگاه مشهد، ۱۳۴۸.	
	کلینی، محمد بن یعقوب، <i>کافی</i> ، تهران، دار الکتب الاسلامیه، چهارم، ۱۴۰۷ ق.	
	گلپایگانی، محمد رضا، <i>الدر المنضود فی أحكام الحدود</i> ، قم، دار القرآن الکریم، اول، ۱۴۱۲ ق.	
	مجلسی، محمد باقر بن محمد تقی، <i>بحار الأنوار</i> ، بیروت، مؤسسة الطبع والنشر، اول، ۱۴۱۰ ق.	
	محقق حلّی، جعفر بن حسن، <i>شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام</i> ، قم، مؤسسه اسماعیلیان، دوم، ۱۴۰۸ ق.	
	_____، <i>نکت النهایه</i> ، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۲ ق.	
	مفید، محمد بن محمد، <i>المقنعه</i> ، قم، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، ۱۴۱۳ ق.	



امکان سنجی کاربری نظریه استعاره مفهومی در تحلیل مسائل اصول فقه*

دکتر سعید نظری توکلی

دانشیار دانشگاه تهران

Email: sntavakkoli@ut.ac.ir

مسعود جهان دوست دالنجان^۱

دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه تهران

Email: jahandoost.s@gmail.com

چکیده

از نظر عالمان اصول فقه، احکام الهی نزد خداوند اموری ثابت و واقعی اند و احکام استنباط شده توسط فقیهان، ظاهری اند و در فرض ناسازگاری با آن احکام واقعی، تغییری در آن‌ها ایجاد نمی‌کنند. با این وجود، این پرسش مطرح است که چه عاملی سبب می‌شود تا فقها در موضوع‌های یکسان و با مراجعه به منابع مشابه، احکام متفاوتی استنباط کنند؟ هرچند بیشتر پاسخ‌ها به این پرسش ناظر به تأثیر زمان و مکان و تغییر موضوع‌های احکام است، اما به نظر می‌رسد یکی از اسباب اثرگذار در تغییر احکام شرعی، اختلاف در دستگاه «استعاره-نظریه» است. بر اساس دستاوردهای زبان‌شناسان شناخت‌گرای معاصر، فرآیند تفکر انسان ماهیتی استعاری داشته، بیشتر استعاره‌های زبانی، معلول وجود استعاره‌ها در ساختار مفهومی ذهن انسان است. بر این اساس، تمامی مفاهیم انتزاعی به واسطه فرآیند تجسم‌سازی از یک امر شناخته شده و عینی، مفهومی می‌شوند. یافته‌های پژوهش حاضر که به روش تحلیلی-توصیفی و به استناد منابع کتابخانه‌ای انجام شده است، نشان می‌دهد اختلاف در احکام، ناشی از اختلاف در نظریه‌های اصولی است و اختلاف در نظریه‌های اصولی، برآمده از دگردیسی در استعاره‌های پشتیبان و درونی این نظریات است. برای نمونه، دو استعاره «عبد و مولا» و «قانون‌گذار و قانون‌پذیر» که در طول زمان و بر اساس مفهوم انتزاعی «تکلیف» - به عنوان مهم‌ترین و تأثیرگذارترین مفهوم انتزاعی موجود در اصول فقه - شکل گرفته‌اند، سبب ایجاد نظریه‌های مختلفی در این علم شده و به دنبال آن بر استنباط فقیه از منابع فقهی (کتاب و سنت) نیز اثرگذار بوده است.

کلیدواژه‌ها: استعاره، استعاره مفهومی، اصول فقه.

*. مقاله پژوهشی؛ تاریخ وصول: ۱۳۹۷/۰۶/۳۱؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۷/۱۲/۱۲.

۱. نویسنده مسئول

The Feasibility of Applying the Conceptual Metaphor Theory in the Analysis of Usul al-Fiqh Issues

Saied Nazari Tvakoli, Ph.D. Associate Professor, University of Tehran

Masoud Jahandoust Dalenjan Ph.D. Student of Islamic Jurisprudence and Foundations of Islamic Law, University of Tehran (corresponding author)

Abstract

From the viewpoint of Usul al-Fiqh scholars, divine precepts are fixed and actual in the sight of Allah and the verdicts inferred by jurists are apparent and in case of their inconsistency with the actual rules, make no change to them. However, the question arises what causes jurists to infer different verdicts as to the same subjects and by referring to similar sources? Although most of the answers to this question concern the influence of time and place and the change in subject matters of the verdicts, it seems that one of the factors affecting the change in the religious verdicts is the difference in the “metaphor-theory” system. According to the achievements of contemporary cognitive linguists, the process of human thought is of a metaphorical nature and most of the linguistic metaphors are due to the existence of metaphors in the conceptual structure of human mind. Accordingly, all abstract concepts become conceptual through the process of visualizing a known and objective matter. The findings of the present study which has been done by analytical-descriptive method and based on library resources show that the difference in the verdicts is due to the difference in the Usuli theories and the difference in the Usuli theories stems from metamorphosis of the supporting and internal metaphors of these theories. For example, the two metaphors “slave and master” and “legislator and law-abiding” which have evolved over time and based on the abstract concept of duty- as the most important and influential abstract concept in Usul al-Fiqh- have led to different theories in this science and subsequently, have also affected the jurists' inference from jurisprudential sources (the Holy Book and Sunna).

Keywords: metaphor, conceptual metaphor, Usul al-Fiqh.

مقدمه

مطالعات تاریخی نشان از آن دارد که با وجود دگرگونی پیوسته احکام اسلامی، منابع استنباط احکام، کم و بیش اعتبار گذشته خود را حفظ کرده و تغییرات عمده‌ای در آن‌ها مشاهده نمی‌شود. از این رو، این پرسش به ذهن می‌رسد که تغییرات احکام شرعی متأثر از دخالت چه اموری است؟ هرچند تغییر موضوعات یا دخالت عنصر زمان و مکان در استنباط احکام سبب تغییر در احکام می‌شوند، اما بدون تردید تنها عامل آن نیستند؛ زیرا گاه با ثابت بودن زمان و مکان، فهم فقهای یک دوره از گزاره‌های دینی متفاوت است. بررسی‌های پژوهشگران نشان می‌دهد که یکی از عوامل اثرگذار در تغییر احکام شرعی، اختلاف در دستگاه «استعاره-نظریه» است.

هرچند بر اساس نظریه کلاسیک، استعاره یک آرایه ادبی بوده، جنبه زیبایی‌شناختی دارد (خادم‌زاده و سعیدی مهر، ۸)؛ اما زبان‌شناسان شناخت‌گرای معاصر با نقد پیش‌فرض‌های نظریه کلاسیک، استعاره را از حوزه ادبیات خارج کرده و با طرح نظریه «استعاره‌های مفهومی»، مسیری نو در روش‌شناسی علوم گشوده‌اند. بر اساس این نظریه، تفکر انسان ماهیتی استعاری دارد و تمام مفاهیم انتزاعی به واسطه فرآیند تجسم‌سازی از یک امر شناخته‌شده و عینی، مفهومی می‌شوند (Lakoff & Johnson, 3-6).

بر این اساس، می‌توان اختلاف احکام را ناشی از اختلاف در نظریه‌های اصولی و اختلاف در نظریه‌های اصولی را ناشی از اختلاف در دستگاه «استعاره-نظریه» دانست؛ چراکه استعاره‌های مکنون در نظریه‌های اصولی، موجب سویه‌سازی در نظریه‌ها می‌شوند و تحولات در حوزه احکام، ناشی از دگردیسی‌ها در استعاره‌های پشتیبان این نظریه‌ها هستند.

در پژوهش حاضر ابتدا به بیان نظریه معاصر استعاره و چستی استعاره‌های مفهومی می‌پردازیم و در ادامه از تأثیرپذیری علم اصول از این نظریه سخن به میان می‌آوریم و سرانجام یکی از استعاره‌های مفهومی موجود در علم اصول را به عنوان شاهد بیان کرده، آثار آن بر استدلال در مسائل را مورد بررسی قرار می‌دهیم.

مفهوم‌شناسی استعاره

استعاره، اسم مصدر از ریشه «ع.و.ر»، در لغت به معنای «عاریت خواستن» است (عمید، ۱۰۰). این واژه از جمله اصطلاحات رایج در علم بیان بوده، دانشمندانی همچون جاحظ، ابن قتیبه، مبرد، ثعلب، عبدالله بن معتمر و ابراهیم بن وهب به تفصیل درباره آن گفتگو کرده، گاه آن را نقد کرده‌اند (فرزانه، ۱۳/۲۴۵؛ طبانه، ۸۴). هرچند در قرن چهارم هجری، استعاره به یکی از مهم‌ترین مسائل علم بیان تبدیل شد؛

اما سکاکی در قرن هفتم هجری صورتی کامل از علم بیان را در کتاب مفتاح العلوم ارائه کرد. بر اساس تقسیم سکاکی، عمده‌ترین مباحث علم بیان عبارت‌اند از: تشبیه، مجاز، استعاره و کنایه. «تشبیه» ادعای همسانی میان دو یا چند پدیده است، اگر ویژگی یا صفات مشترکی داشته باشند. تشبیه دارای چهار رکن است: مشبه، مشبه‌به، ادات تشبیه و وجه شبه (فرزانه، ۱۳/۲۴۷). «مجاز» بر دو گونه است: لغوی و عقلی. مجاز لغوی عبارت است از کاربرست لفظ در غیر از معنایی که برای آن وضع شده است به واسطه وجود یک قرینه لفظی (قرینه صارفه) و یک مناسبت و پیوستگی (علاقه) میان دو معنای حقیقی و مجازی. منظور از «مجاز عقلی» هم اسناد فعل به فاعل غیر حقیقی است (سکاکی، ۳۵۷ و ۳۶۲ و ۳۹۳). «کنایه» لفظی است که معنای غیر اصلی آن مورد نظر است؛ اما چون قرینه‌ای برای عدم کاربرست معنای اصلی وجود ندارد، می‌توان همان معنای اصلی را نیز اراده کرد (سکاکی، ۳۵۹ و ۴۰۲). سرانجام، «استعاره» مجازی است که مناسبت و پیوستگی میان معنای اصلی و غیر اصلی، تنها مشابَهت میان آن‌هاست؛ بنابراین، استعاره نوعی مجاز لغوی بر مبنای تشبیه است که یکی از دو طرف تشبیه، ابزار تشبیه و وجه شبه در آن حذف می‌شود (فرزانه، ۱۳/۲۴۷).

گونه شناسی استعاره

استعاره به عنوان یک صنعت بلاغی، دارای گونه‌های متفاوتی است. استعاره بر مبنای ساختار، به مصرح، مکنی و تمثیلی تقسیم می‌شود. همچنین بر اساس لفظ مستعار، استعاره را می‌توان به دو گونه اصلی و تبعی طبقه‌بندی کرد. افزون بر این، استعاره به قریب و بعید (بر مبنای جامع)، وفاقی و عنادی (بر مبنای دوسویه استعاره)، تحقیقی و تخیلی، مفرد و جمع تقسیم می‌شود (ر.ک: پارسا و حسین پناهی، ۲۹). گونه‌های پیش‌گفته همگی استعاره زبانی هستند؛ اما از نظر زبان‌شناسان شناختی، استعاره تنها امری زبانی و محدود به واژگان‌ها نبوده، بلکه در فهم و تفکر انسان نیز جاری است (استعاره در نظام تصویری انسان) (گلفام و یوسفی راد، ۶۳). بر این اساس، استعاره به دو گونه کلاسیک و مفهومی قابل تقسیم است.

۱. استعاره کلاسیک

هنگامی که با واژه «استعاره» مواجه می‌شویم، ناخودآگاه آن را یک آرایه ادبی فهم می‌کنیم؛ چراکه از دو هزار سال پیش، ارسطو به عنوان بنیان‌گذار نظریه کلاسیک، استعاره را در نظام بلاغت^۱ مورد بررسی قرار می‌داد. مطابق تعریف وی، استعاره عبارت است از: «کاربرد نام یک چیز برای چیز دیگر» (Aristotle, 52). از نظر ارسطو، استعاره بر پایه اصول تشبیه پی‌ریزی شده و به همین علت به بررسی شباهت دو یا

۱. Rhetoric

چند چیز می‌پردازد؛ همچنین بیشتر از آن‌که نقش ارائه معنا داشته باشد، ارائه‌کننده سبک بیان و ناظر به جنبه‌های زیبایی‌شناختی آن است (Ortony, Reynolds & Arter, 1921). در نتیجه، ارسطو استعاره را مربوط به حوزه زبان قلمداد می‌کند و از آنجا که هدف اصلی زبان را شفافیت و بیان عریان حقایق می‌داند (هاوکس، ۲۳)، کاربرد استعاره را تنها در زبان مجازی روا می‌دارد. این دیدگاه مورد پذیرش حکمای مسلمان نیز قرار گرفته است و افرادی همچون فارابی، بین زبان تحت‌اللفظی و زبان مجازی تفکیک قائل شده، استعاره را تنها در زبان مجازی و صناعت خطابه و شعر جایز شمرده‌اند نه در ادبیات فلسفی (فارابی، ۱۶۴). از نظر ابن‌سینا، استعاره تنها برای ایجاد یک امر شگفت‌انگیز مناسب است و نه برای تفهیم و تفاهم (ابن‌سینا، ۶۷) و به همین دلیل، زبان علمی، زبانی خالی از استعاره‌ها بوده، الفاظ با معانی مطابقت دارند و از مفهوم روشنی برخوردارند (ابن‌سینا، ۱۹۹-۲۰۰).

اما با این حال، جرج لیکاف^۱ و مارک جانسون^۲ دو تن از زبان‌شناسان شناخت‌گرای معاصر، دیدگاه کلاسیک موجود از استعاره را به چالش کشانده، استعاره‌ها را از انحصار حوزه ادبیات خارج کردند (نظریه معاصر استعاره)؛ هرچند پیش از این دو، اشاره‌هایی در دستاوردهای علمی رومن یاکوبسون^۳ نیز به این مطلب وجود دارد. بر اساس نظریه لیکاف و جانسون، استعاره یک امر زبانی صرف نیست، بلکه فرآیند تفکر انسان ماهیتی استعاری دارد؛ به این معنا که ساختار مفهومی ذهن انسان به شکل استعاری بنا شده و در بیشتر موارد، بروز استعاره‌ها در زبان، معلول وجود استعاره‌ها در ساختار مفهومی ذهن انسان است (Lakoff & Johnson, 3-6).

لیکاف در مقاله خود بیان می‌دارد که وجود پنج فرضیه در دیدگاه کلاسیک موجب شده است که ماهیت استعاره به درستی فهم نشود: این پنج فرضیه عبارت‌اند از: (۱) زبان روزمره، زبانی حقیقی است و نه استعاری؛ (۲) تمام اموری که می‌توانند متعلق علم آدمی قرار گیرند، با زبان حقیقی و بدون استفاده از استعاره قابل درک هستند؛ (۳) زبان استعاری قابل صدق و کذب نیست، اما زبان حقیقی چنین قابلیت را دارا است؛ (۴) تعاریف موجود در فرهنگ‌های لغت، همگی تعریف‌های حقیقی هستند؛ (۵) مفاهیم بکار رفته در دستور و قواعد زبان، استعاری نیستند (Lakoff, 187).

لیکاف و جانسون بر پایه دیدگاه زبان‌شناسی شناختی، چهار فرضیه پایه‌ای دیدگاه کلاسیک را که به اعتقاد آن‌ها مانع از درک اندیشه استعاری و عمق آن است، به چالش کشیدند. بر اساس دیدگاه کلاسیک، جایگاه اصلی استعاره، نظام واژه‌هاست، استعاره بر پایه تشابه بنا شده است، همه مفاهیم حقیقی‌اند و

۱. George Lakoff

۲. Mark Johnson

۳. Roman Jakobson

استعاره به بخش غیر حقیقی زبان اختصاص دارد و سرانجام، استعاره یک تفکر عقلانی خودآگاه است؛ اما بر پایه نظریه معاصر، (۱) کانون اصلی کاربرد استعاره، مفاهیم^۱ است نه واژه‌ها؛ (۲) استعاره مبتنی بر شباهت نبوده، بر پایه روابط میان دو حوزه مشترک در تجارب ما استوار است؛ یعنی انسان با درک شباهت‌های موجود بین دو حوزه مبتنی بر تجارب خویش، ناخودآگاه بر پایه قلمروهای متقاطع^۲، بین این دو حوزه ارتباط برقرار می‌کند؛ (۳) عمیق‌ترین مفاهیم همچون: زمان، رخدادها، علیت، ذهن، اخلاق و ... به واسطه استعاره‌های موجود در ذهن فهم می‌شوند (بخش عمده نظام مفهومی، استعاری است)؛ (۴) ساختار مفهومی استعاره‌ها اختیاری نیستند، هرچند صورت توسعه‌یافته و پیچیده آن‌ها، به واسطه طبیعت مشترک بدن انسان و تجارب مشترک زندگی روزمره او شکل گرفته‌اند (Lakoff & Johnson, 244&245).

۲. استعاره مفهومی

لیکاف و جانسون پس از به چالش کشیدن فرضیه‌های اصلی دیدگاه کلاسیک، مدعی شدند که استعاره منحصر در نظام زبانی نبوده، تمام زندگی روزمره انسان و حوزه اندیشه و عمل آن او را شامل می‌شود. ما بر اساس استعاره‌هایی که از موضوعات بسیار پیش پا افتاده شکل گرفته‌اند و به واسطه تعامل با تجربه‌هایمان (اطرافیان، اجسام و ...) واقعیت یافته‌اند، فکر و عمل می‌کنیم؛ بنابراین، نظام مفهومی ما ماهیتی سراسر استعاری دارد. این دو همچنین مدعی شدند که نظام مفهومی حاکم بر ذهن ما به گونه‌ای نیست که بتوانیم به صورت معمول نسبت به آن آگاهی و علم داشته باشیم، بلکه در بیشتر موارد، به صورت کاملاً ناخودآگاه، در امتداد مسیر خاصی، می‌اندیشیم (Lakoff & Johnson, 3&6). لیکاف و جانسون برای اثبات این ادعای خود به شواهدی استناد کرده‌اند که مهم‌ترین آن‌ها، چندمعنا بودن نظام‌مند بعضی از کلمات و تعمیم طرح‌واره‌ها در حوزه استدلال و استنتاج است (خادم‌زاده و سعیدی مهر، ۱۱-۱۲).

بنا بر آنچه لیکاف و جانسون بدان رسیده و نیز آن را در خود می‌یابیم، ما به شیوه‌ای که اجسام را تجسم می‌کنیم درباره آن‌ها سخن می‌گوییم. این فرآیند تجسم سازی به شکل کامل بر امر شناسایی مفاهیم انتزاعی، همچون: بالا و پایین نیز قابل انطباق است با این تفاوت که ما برای شناسایی این مفاهیم، از مفاهیم عینی پیش شناخته‌شده (همچون: بالا رفتن قیمت خودرو) بهره می‌گیریم و با تعمیم و همانندسازی، نسبت به آن امر انتزاعی شناخت پیدا می‌کنیم. به عبارت دیگر، مفاهیم انتزاعی در حوزه مفهومی انسان با کمک مفاهیم عینی پیش شناخته‌شده، سازمان‌بندی می‌شوند و زبان به ما نشان می‌دهد که

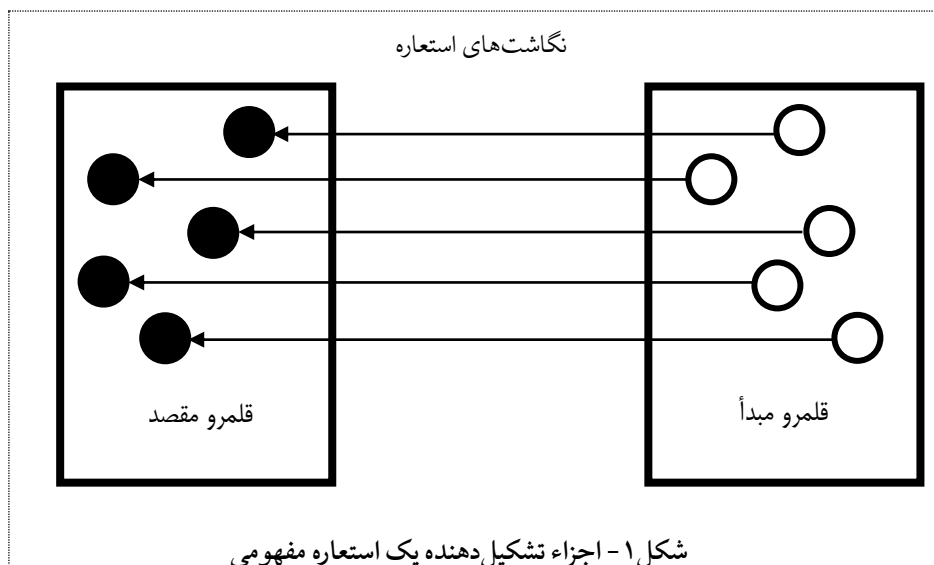
۱. Concept

۲. Cross-domain

چگونه در ذهن خود، مفاهیم عینی را بیان و درک کنیم. لیکاف و جانسون این نوع استعاره را که در زبان متعارف ما ریشه دارد و بر شناسایی امور انتزاعی بر اساس امور عینی و تصویری کردن^۱ مفاهیم ذهنی است، «استعاره مفهومی» نامیدند.

۲-۱. اجزاء استعاره مفهومی

استعاره مفهومی در حقیقت فهم و شناسایی چیزی به واسطه فهم چیز دیگری است و این فهم از روابطی که بین اجزاء دو مجموعه (اجزاء امری که آن را از پیش فهم کرده‌ایم و اجزاء امری که سعی در شناسایی آن داریم) برقرار شده، به وجود می‌آید. لیکاف و جانسون این رابطه را که به شکل تناظرهایی میان اجزاء این دو مجموعه شکل می‌گیرد، «نگاشت»^۲ می‌نامند. بر این اساس، مجموعه‌ای که اجزاء آن دارای مفهومی شناخته‌شده و عینی تر است، قلمرو مبدأ^۳ یا منبع^۳ و مجموعه‌ای که دارای اجزاء با مفاهیم ناشناخته و انتزاعی تر است، قلمرو مقصد یا هدف^۴ نام‌گذاری می‌شوند.



۱. Conceptualization

۲. Mapping

۳. Source domain

۴. Target domain

بنابراین، استعاره «نگاشت میان قلمروهای متناظر در نظام مفهومی» است (هاشمی، ۱۲۵). در نتیجه، برخلاف دیدگاه کلاسیک، استعاره‌ها به واسطه کلمات و عبارات ساخته نمی‌شوند، بلکه روابط و تناظرهای یک‌به‌یک بین دو حوزه مفهومی، استعاره‌ها را شکل می‌دهند. در این فرض، کار کلمات و عبارت‌ها تنها برانگیختگی ذهن ماست تا بتوانیم بین آن دو حوزه، ارتباط برقرار کنیم (Lakoff, 1986).

به عنوان مثال، ما انسان‌ها یک مناظره را به صورت معمول با تجربه جنگ، مفهومی و تصویرسازی کرده، در مورد آن، از جملات زیر استفاده می‌کنیم:

- استدلال تو غیر قابل دفاع است.

- من به نقاط ضعف استدلال او حمله کردم.

- ادعاهای او در مناظره را در هم شکستم.

- من از راه جدیدی به او حمله کردم.

- او دقیقاً نقاط ضعف استدلال مرا هدف‌گیری کرده بود.

این عبارات همگی متناظرهایی هستند که بر پایه نگاشت‌های استعاره «مناظره، جنگ است» شکل یافته‌اند. بر این اساس می‌توان نگاشت‌های استعاره مزبور را به شکل زیر نشان داد:

جدول ۱ - نگاشت‌های استعاره «مناظره، جنگ است»	
مبدأ: جنگ	مقصد: مناظره
دشمن	طرف مناظره
پیروزی (شکست)	صحت و مقبول افتادن استدلال
حمله	ارائه استدلالی جدید و ناگهانی
ابزارآلات جنگی	استدلال
هدف‌گیری	نقد دقیق استدلال فرد مقابل

این مثال به خوبی نشان می‌دهد که چگونه ذهن می‌تواند بر پایه یک سلسله امور عینی و شناخته‌شده به امور ناشناخته و بیشتر انتزاعی پی ببرد و آن را بر اساس یک استعاره، مفهوم‌سازی و درک کند.

۲-۲. انواع استعاره‌های مفهومی

لیکاف و جانسون بر پایه شواهد زبانی، استعاره‌های مفهومی را به سه دسته طبقه‌بندی نموده‌اند^۱:

۱. البته لیکاف پس از کار مشترک خود با جانسون در سال ۱۹۸۰، توانست به همراه ترنر در سال ۱۹۸۹ دسته چهارمی را تحت عنوان «استعاره‌های تصویری» به این سه دسته اضافه کند (افراشی و حسامی، ۱۴۲).

استعاره‌های جهتی^۱: اگر برای سازمان‌دهی مفاهیم در ذهن خود از جهت‌گیری‌های فضایی همانند بالا، پایین، دور، نزدیک و ... استفاده کنیم، چنین استعاره‌ای، «استعاره جهتی» نامیده می‌شود (هاشمی، ۱۲۷)؛ مانند بالا دانستن شادی و روحیه در جمله «روحیه ورزشکاران ما بسیار بالاست». باید توجه داشت که هرچند استعاره‌های جهتی همگی از مکان مند بودن بدن انسان نشئت می‌گیرند (Lakoff & Johnson, 14) اما با این حال به علت اناطه آن‌ها به تجارب فردی مختلف، ممکن است شاهد تفاوت‌هایی در این خصوص بین فرهنگ‌های گوناگون باشیم.

استعاره‌های هستی‌شناختی^۲: همان‌گونه که تجارب ما از جهت‌گیری‌های فضایی می‌تواند استعاره‌های جهتی را برای ما پدید آورد، همان‌گونه تجارب ما از پدیده‌ها و مقوله‌سازی آن‌ها به عنوان یک شیء و یک ماده نیز می‌تواند دسته دیگری از استعاره‌ها را به ما نشان دهد؛ چنین استعاره‌هایی، «استعاره‌های هستی‌شناختی» نامیده می‌شوند (Lakoff & Johnson, 25)؛ مانند موجود زنده دانستن تورم در جمله «تورم، معیشت اقتصادی همه ما را به آتش کشیده است». شاید بتوان ادعا کرد که استعاره‌های هستی‌شناختی حجم وسیعی از نظام مفهومی ما را به خود اختصاص داده است چراکه انسان‌ها برای درک امور نامحسوس غالباً از عملیات تشخیص و جان‌بخشی^۳ استفاده می‌کنند.

استعاره‌های ساختی^۴: اگر برای درک و شناخت یک مفهوم از ساختار یک مفهوم دیگر استفاده کنیم؛ به عبارت دیگر، اگر یک مفهوم را بر حسب مفهوم دیگر سازمان‌دهی و قالب‌بندی نماییم، چنین استعاره‌ای، «استعاره ساختی» نامیده می‌شود؛ مانند سازمان‌دهی مفهوم مناظره بر اساس مفهوم جنگ در جمله «مباحثه، جنگ است» (Lakoff & Johnson, 4). لیکاف و جانسون معتقدند اکثر استعاره‌های گزاره‌ای از نوع استعاره‌های ساختی هستند (هاشمی، ۱۲۹).

۲-۳. پیامد جریان استعاره‌های مفهومی در آموزه‌های دینی

ماهیت استعاری تفکر ما از یک سو و تأثیر فرهنگ، باور و تجربه‌های شخصی و اجتماعی افراد در شکل‌گیری این استعاره‌ها و نقش این استعاره‌ها در پیدایش نظریه‌ها از سوی دیگر، ما را با نسبیتی روبرو می‌کند که آثار آن در دانش‌های مرتبط با دین، از جمله دانش اصول فقه، بسیار بزرگ بوده، می‌تواند نسبیت آموزه‌های دینی و نسبیت حقیقت دین را نتیجه دهد. بر اساس برداشت رایج از روایت نبوی: «حَلَالٌ مُّحَمَّدٍ حَلَالٌ أَبَدًا إِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ وَ حَرَامُهُ حَرَامٌ أَبَدًا إِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ لَا يَكُونُ غَيْرُهُ وَلَا يَجِيءُ غَيْرُهُ» (کلینی، ۵۸/۱)،

۱. Orientational metaphors

۲. Ontological metaphors

۳. Personification

۴. Structural metaphors

آموزه‌های دینی تغییرپذیر نبوده، امری ثابت هستند؛ اما با توجه به تفاوت تجربه و فرهنگ افراد و امکان شکل‌گیری استعاره‌های اصولی مختلف، می‌توان ادعا کرد که حقیقت آموزه‌های دینی دست‌نایافتنی بوده، استخراج تعالیم دینی از تحلیل آیات قرآنی و روایات معصومین (ع) ممکن نیست.

در پاسخ به این چالش می‌توان گفت پیامد جریان استعاره‌های مفهومی در آموزه‌های دینی، نسبیت حقیقت دین نیست بلکه در نهایت امر، نسبیت در معرفت را نتیجه می‌دهد؛ مضاف بر اینکه چنین برداشتی از ماهیت استعاره و نتایج حاصل از آن صحیح به نظر نمی‌رسد؛ زیرا گزاره‌های دینی همچون دیگر گزاره‌های نوشتاری از آن جهت که از جنس زبان هستند، معناپذیرند؛ هرچند ممکن است نتوانیم به حقیقت این گزاره‌ها، یعنی به همان چیزی که گوینده گزاره سعی داشته آن را به مخاطبان خود القا کند، دست پیدا کنیم؛ زیرا نمی‌شود از عوامل مهمی همچون: بافت^۱ تولید آن گزاره و پیش‌فرض‌های ذهنی فهم‌کننده گزاره، چشم‌پوشی کرد (ر.ک: واعظی، سراسر اثر). افزون بر این، گرچه ما خود مقهور استعاره‌ها هستیم، اما می‌توانیم با در نظر گرفتن گزاره‌ها و کشف نگاشت‌های استعاری از میان آن‌ها، استعاره‌های پشتیبان نظریات را کشف کنیم. آیات و روایاتِ دربردارنده تکلیف شرعی، خود این امکان را برای ما فراهم می‌کنند که به روح و استعاره حاکم بر آن‌ها دست یافته و مطابق همان استعاره، اقدام به تولید نظریه‌های جدید جهت استنباط احکام شرعی کنیم؛ هرچند بنا بر اصل تخطئه در نظام فکری امامیه، چنین استنباط‌هایی همیشه مطابق با واقع نیستند.

استعاره‌های مفهومی در دانش اصول فقه

آن‌گونه که گذشت، بر اساس نظریه لیکاف و جانسون، استعاره از حوزه ادبیات خارج شده، نشان می‌دهد که فرآیند تفکر ما ماهیتی استعاری دارد. این تحقیقات دریچه جدیدی را برای دانشمندان علوم مختلف گشود و پای عنصر استعاره را به سایر حوزه‌های مطالعاتی باز کرد. نگارندگان بر این باورند که دانش اصول فقه نیز از این امر مستثنا نبوده، کشف استعاره‌های مفهومی موجود در نظریه‌ها و استدلال‌های اصولی و نسبت سنجی میان آن‌ها، می‌تواند افق‌های جدیدی را نسبت به مطالعات اصولی بگشاید؛ زیرا از یک سو، این امکان را برای ما فراهم می‌آورد در مواردی که اختلاف اصولیون، ناشی از اختلاف در استعاره‌های پشتیبان نظریه‌هاست و نه در خود آن نظریه‌ها به داوری بنشینیم و از سوی دیگر، با شناسایی استعاره‌ها و درک لوازم آن‌ها، می‌توان به محدودیت‌ها و ظرفیت‌های آن‌ها پی برد و بستر برای تولید نظریه‌های سازگار با غرض علم فقه (فلسفه فقه) و کنار گذاشتن آنچه با آن ناسازگار است را فراهم می‌کند.

۱. امکان‌پذیری جریان استعاره‌های مفهومی در اصول فقه

یکی از مهم‌ترین حوزه‌های ناشناخته بشری، حوزه دین و گفتمان دینی است که به واسطه فراوانی مفاهیم متافیزیکی (همچون: خدا، روح، وحی، مرگ و ...) و غیرمعارف بودنشان، تنها از برقراری نگاشت‌های استعاری بین این حوزه با حوزه‌های ملموس‌تر قابل فهم و درک هستند. از این رو، در دانش اصول فقه که یکی از علوم کاربردی ناظر به فهم گزاره‌های دینی و استنباط احکام شرعی از آن‌ها برای دین‌داران است (صدر، دروس فی علم الأصول، ۱/ ۱۷۲)، نظریه استعاره مفهومی، کاربردی اساسی داشته، دستکم نسبت میان دو مفهوم بنیادی ناشناخته و انتزاعی، یعنی مفهوم «حکم شرعی» و مفهوم «خداوند» را مورد بررسی قرار می‌دهد.

۲. جایگاه استعاره مفهومی در اصول فقه

دستگاه فقه در هندسه دانایی اسلامی، عهده‌دار برقراری نسبت بین دین و زندگی (زندگی به غایت دنیوی و زندگی به غایت اخروی) و فهم ثابتات و متغیرات آن است. مطالعات تاریخی در منابع مختلف دانش فقه نشان می‌دهد که احکام اسلامی پیوسته دچار دگرگونی شده‌اند، در حالی که منابع استنباط احکام، به ویژه در فقه امامیه، همچنان اعتبار گذشته خود را حفظ کرده و کمتر دچار تغییر شده‌اند؛ مانند شکل‌گیری بیش از ده نظریه فقهی درباره حکومت و گونه‌های مشروع آن در طول سه قرن اخیر (ر.ک: کدیور، سراسر اثر). اگر بپذیریم تغییر در احکام ناشی از تغییر در منابع استنباط نیست، این پرسش مطرح است که از کجا ناشی می‌شوند؟ در پاسخ به این پرسش، سه تئوری وجود دارد: ۱- تغییر حکم به اعتبار تغییر موضوع، ۲- تغییر حکم به اعتبار تأثیر زمان و مکان، ۳- تغییر حکم به واسطه وجود قدرت استنباط متفاوت در فقیهان مسلمان (فاضل لنکرانی، صفحه اینترنتی). اما این سه تئوری، از منطق درونی محکمی برخوردار نبوده، نمی‌توانند تبیین درستی درباره وقوع دگرگونی‌ها ارائه کنند، زیرا مراد از تغییر احکام، تغییر احکام در عین ثابت بودن موضوع‌های آن‌هاست در حالی که تئوری اول، از تغییر موضوعات احکام صحبت به میان می‌آورد. تئوری دوم نیز به گونه‌ای دیگر، از تغییر موضوعات سخن رانده است. تئوری سوم نیز هرچند این مزیت را دارد که به جنبه معرفت‌شناسی تغییر احکام توجه داشته و از جنبه هستی‌شناسی آن فاصله گرفته است؛ اما مبتنی بر یک حدس و گمان بوده، نمی‌توان دلیلی برای روایی و پایایی آن ارائه کرد. پژوهشگران بر این باورند که تحولات و دگرگونی‌های احکام ناشی از نظریه‌های مختلف در اصول فقه و تولید نظریه‌های مختلف اصولی برآمده از دستگاه «استعاره - نظریه» است. به بیان دیگر، استعاره‌های نهفته در نظریه‌های اصولی موجب سویه‌سازی در نظریه‌ها شده و تحولات در حوزه احکام، ناشی از دگردیسی‌ها در استعاره‌های پشتیبان این نظریه‌هاست؛ هرچند نباید از وجود استعاره‌ها در خود نظریه‌های فقهی نیز

چشم‌پوشی کرد (ر.ک: فیرحی، ۱/ ۱۹۶).

البته توجه به این نکته نیز ضروری است که تولید نظریه‌های مختلف در علم اصول فقه تنها متأثر از اختلاف در استعاره‌ها نبوده، ممکن است در یک موضوع اصولی با وجود وحدت استعاره، گاه دو نظریه به واسطه دخالت رویکردهای متفاوت در استنباط مسائل اصولی، شکل بگیرد.

برای مثال در مسئله اجتماع امر و نهی، نتیجه رویکرد عرف محور، امتناع اجتماع امر و نهی خواهد بود، چراکه از نظر عرف، صدور دو خطاب «صلّ» و «لا تغصب»، حکایت دارد که قانون‌گذار (شارع) به هیچ وجه راضی به تصرف در ملک غصبی نیست، چه برای خواندن نماز واجب باشد، چه برای راه رفتن (علامه حلی، ۲/ ۷۷). این در حالی است که در رویکرد فلسفی و با طرح مسئله ترکیب اتحادی و انضمامی، چون ترکیب رکوع با غصب یک ترکیب انضمامی است، بجا آوردن رکوع در مکان غصبی، هم مصداق امر (صلّ) است و هم مصداق نهی (لا تغصب)؛ پس اجتماع امر و نهی جایز بوده، می‌شود فرد را هم مطیع و هم عاصی قلمداد کرد؛ ولی ترکیب سجده با غصب یک ترکیب اتحادی است، زیرا عمل انجام‌شده، یکی بیشتر نیست (اعتماد الجبهه علی الأرض)؛ پس بایستی قائل به امتناع اجتماع شد (واعظ الحسینی، ۲/ ۱۸۵-۱۹۹).

وجود استعاره‌های مفهومی در علم اصول فقه پیشتر مورد توجه برخی از محققان قرار گرفته و از آن به «فضاهای اصولی» تعبیر شده است (مددی، ۲۶-۳۰)؛ اما عدم تمایز بین دو مسئله «رویکرد» و «استعاره»، سبب شده است تا نگرش فلسفی یا عرفی به مسائل، استعاره قلمداد شود؛ حال آن‌که ماهیتی متفاوت دارند؛ همچنان که از «نگاشت» به عنوان پایه تشکیل استعاره مفهومی، بحثی به میان نیامده است.^۱

۱. به تناسب بحث از رویکرد و تفاوت آن با نظریه استعاره مفهومی، شایسته است نسبت این نظریه با اصلاحاتی مانند «پارادایم» و «تحلیل گفتمان» مورد دقت قرار بگیرد چراکه در وهله نخست چنین تصور می‌شود که این سه با یکدیگر تطابق نسبی دارند. پارادایم (paradigm) از واژه یونانی παράδειγμα گرفته شده (خالقی و پورعزت، ۳) و در لغت به «الگوواره و نمونه» ترجمه شده است؛ اما در اصطلاح، تعریف ساده و یکسانی از آن ارائه نشده است تا جایی که خود توماس کوهن (Thomas Kuhn) به عنوان شخصی که اصطلاح پارادایم با نام او شناخته می‌شود- از این پیچیدگی آگاه بوده و به جای تعریف، آن را با بازی ویتگنشتاین مورد مقایسه قرار داده است (خالقی و پورعزت، ۵). بعضی نیز با بررسی کتاب «ساختارهای انقلاب علمی» اثر کوهن، بیش از ۲۱ معنا برای این اصطلاح شناسایی کرده‌اند (Masterman, 1970). با قطع نظر از این اختلافات می‌توان گفت پارادایم مجموعه‌ای است متشکل از مفاهیم، باورها، پیش‌فرض‌ها، تئوری‌ها، قوانین و قواعد روش‌شناختی و همچنین حلقه‌ای از باورهای متافیزیکی و هنجارهای شبه اخلاقی یک جامعه علمی که جهت شناسایی دو امر، گرد هم آمده‌اند: (۱) اینکه چه چیزی جزء مسائل یک علم قرار می‌گیرد؛ (۲) اینکه پاسخ به این مسائل باید در چه قالبی صورت‌بندی شود و با چه اصول و تئوری‌هایی سازگار باشد (خالقی و پورعزت، ۵). به عبارت ساده، پارادایم عبارت است از مفروضات کلی نظری که برای مدتی به وسیله کارورزان یک رشته علمی به عنوان مدلی برای حل مسائل آن رشته به کار گرفته می‌شود (معینی علمداری، ۴۳). بر این اساس باید پذیرفت که نظریه‌ها بخشی از یک پارادایم محسوب می‌شوند که با بررسی آن‌ها می‌توان آن پارادایم را مورد تحلیل قرار داد. با توجه به این مطالب می‌توان گفت از این حیث نظریه استعاره مفهومی و پارادایم نمی‌توانند با یکدیگر نسبتی برقرار کنند چراکه استعاره مفهومی یک نظریه است و خود تابع پارادایم کنونی حاکم بر مطالعات زبان‌شناسی شناختی است بنابراین باید تمام تفاوت‌های موجود

۳. جایگاه «تکلیف» در شکل‌گیری استعاره‌های اصولی

هرچند اصلی‌ترین مفهوم انتزاعی در اصول فقه که امکان تشکیل استعاره مفهومی برای آن وجود دارد، «حکم شرعی» است؛ اما از آنجا که نخستین تأملات یکپارچه و نگاره‌های اصولی منسجم، توسط متکلمان هم‌چون شیخ مفید و سید مرتضی انجام شده است، این افراد با توجه به جایگاه متکلم بودن خود، مسئله «تکلیف» را بجای «حکم شرعی» مورد بررسی قرار داده‌اند، زیرا از طرفی موضوع علم کلام، افعال خداوند متعال است و یکی از این افعال، تکلیف کردن بندگان می‌باشد و از طرف دیگر، دانش اصول فقه نیز به دلیل ماهیت ابزاری آن نسبت به دانش فقه، با واسطه، افعال بندگان را از نظر حکم شرعی مورد بررسی قرار می‌دهد.

تکلیف در لغت به معنای دستوری است که انجام آن بر شخص دشوار باشد (جوهری، ۱۴۲۴/۴؛ ابن منظور، ۳۰۷/۹؛ طریحی، ۱۱۵/۵). برخی نیز بر این نکته که اصل این واژه در زبان عربی «الزام» است، تصریح کرده و هماهنگ با دیگر لغویان، آن را «الزام ما یشق إرادة الإنسانیه علیه» تعریف کرده‌اند. بر این اساس، دشواری و مشقت از الزامی که محدودکننده اراده آزاد انسان است، ناشی شده و تلازمی با سنگینی انجام عمل خواسته شده ندارد (عسکری، ۱۳۹). در نوشته‌های شیخ مفید هرچند بحثی با عنوان «تعریف تکلیف» دیده نمی‌شود؛ اما وی در ضمن بحث از تکلیف اهل آخرت، به تعریف تکلیف اشاره کرده و آن را به «الزام ما یثقل علی الطباع و یلحق بفعله المشاق» معنا کرده است (أوائل المقالات، ۹۱). این در حالی

بین نظریه و پارادایم را در این خصوص لحاظ نمود. اما از زاویه‌ای دیگر شاید بتوان رابطه و نسبتی را بین این دو تصور نمود. از آنجا که مطابق نظریه استعاره مفهومی، تمامی مفاهیم انتزاعی طی فرآیند تجسم‌سازی از یک امر شناخته شده، مفهومی می‌شوند و امکان تشکیل استعاره‌های متفاوت پیرامون مفاهیم انتزاعی وجود دارد، لذا با توجه به کلیدی بودن یک یا چند مفهوم در یک حیطه علمی، استعاره‌های شکل گرفته پیرامون این مفاهیم می‌تواند منجر به تغییر یک پارادایم در آن حیطه علمی گردد؛ همان‌گونه که در علم اصول فقه چنین امری اتفاق افتاده است.

تحلیل گفتمان (discourse analysis) یک گرایش مطالعاتی میان‌رشته‌ای است که از اواسط دهه ۱۹۶۰ تا اواسط دهه ۱۹۷۰ به دنبال تغییرات عمده علمی - معرفتی در رشته‌های علوم اجتماعی و انسانی مرتبط به مطالعات نظام‌مند ساختار، کارکرد و فرآیند تولید گفتار و نوشتار به وجود آمده و به دلیل ماهیت میان‌رشته‌ای، به‌مثابه یک روش کیفی در مطالعات گوناگون مورد استقبال قرار گرفته است (یحیایی ایل‌ای، ۵۹). باید اشاره کرد که این اصطلاح به مانند اصطلاح پارادایم دارای تعریف یکسانی نیست چراکه تعریف واحدی از گفتمان وجود ندارد تا جایی که بعضی آن را به مانند مفاهیمی همچون زبان، فرهنگ، جامعه و ... مفهومی اساساً مبهم قلمداد می‌کنند (ون دایک، ۲۹-۱۵). اما با جمع‌بندی این تعاریف و با برداشتی آزاد از آن‌ها شاید بتوان گفت تحلیل گفتمان به مجموعه مطالعاتی اطلاق می‌شود که پدیده‌های نشانه شناختی همچون زبان نوشتاری و گفتاری را مورد تحلیل قرار می‌دهد؛ حال چه این تحلیل تنها اختصاص به شکل و صورت داشته باشد و واحدهای بزرگ‌تر از جمله را مورد مطالعه قرار دهد (تحلیل گفتمان ساختارگرا) و چه این تحلیل بر چرایی و چگونگی استفاده از زبان تمرکز نماید (تحلیل گفتمان کارکردگرا). با توجه به این تعریف می‌توان نتیجه گرفت نظریه استعاره مفهومی و تحلیل گفتمان علی‌رغم اختلافات عمده‌ای که با هم دارند در یک امر با یکدیگر مشترک هستند و آن توجه به تأثیر فرهنگ و جامعه است؛ چراکه از طرفی مطابق نظریه استعاره مفهومی فرهنگ، جامعه و تجارب در شکل‌گیری استعاره‌های مختلف حول مفاهیم انتزاعی نقش اساسی را بازی می‌کنند و از طرف دیگر بر طبق تحلیل گفتمان کارکردگرا، متن حاصل فرآیند تولید متن است و این فرآیند خود در درون شرایط اجتماعی تولید می‌شود (Fairclough, 24-25).

است که سید مرتضی بحثی مستقل درباره تعریف تکلیف داشته و در ذیل عنوان «فی حقیقة التکلیف»، آن را به «إرادة المرید من غیره ما فیہ کلفة و مشقة» تعریف کرده است (علم الهدی، ۱۰۵). برخی از متکلمان نیز به جای استفاده از واژه «اراده» از واژه «امر» در تعریف تکلیف استفاده کرده‌اند (ر.ک: قاضی عبدالجبار، ۱۱).

متکلمان برای تکلیف حقیقتی سه وجهی قائل بودند: مکلف (تکلیف کننده)، مکلف (تکلیف شده) و افعالی که متعلق تکلیف هستند. این وجوه سه گانه، همگی مورد توجه متکلمان عدلیه و اشاعره قرار گرفته و بررسی صفات و شرایط هریک و نیز رابطه بین آن‌ها مهم‌ترین بحث‌هایی بوده است که در سده‌های نخستین مطرح گردید. مهم‌ترین صفات مکلف (تکلیف کننده)، حکمت، علم، قدرت، انعام و غرض‌مند بودن است. از طرف دیگر وجود صفاتی مانند: طاقت، اشتها و عدم الجاء مهم‌ترین صفات ضروری در مکلف (تکلیف شده) به حساب می‌آید. فعل متعلق تکلیف نیز باید مقدور مکلف باشد، سبب افزایش انگیزه در انجام آن شود و واجد صفت «استحقاق مذح و ذم» باشد (ر.ک: بیرشک، ۸۰-۱۰۲).

بدین ترتیب، تأثیرگذارترین استعاره‌های شناخته شده در دانش اصول فقه، درباره این سه مؤلفه و رابطه میان آن‌ها به وجود آمده است؛ به گونه‌ای که حوزه مقصد در تمام استعاره‌ها، شناسایی این سه است. به عبارت دیگر، تمام نگاشت‌های استعاری به این سه عضو در قملرو مقصد بازگشت کرده، می‌توان ادعا کرد که عنصر «تکلیف»، نقطه کانونی تشکیل استعاره‌های اصولی است. شاید به همین سبب باشد که برخی استعاره‌های شکل گرفته در مورد «تکلیف» را عیناً بیان‌کننده پارادایم‌های حاکم بر مسائل علم اصول دانسته‌اند (ر.ک: الهی خراسانی، ۳۱).^۱

در این قسمت از پژوهش بر آنیم یکی از استعاره‌های پرکاربرد در اصول فقه را شناسایی و پس از تشکیل نگاشت‌های استعاری، آثار بار شده بر آن را بررسی کنیم.

۴. استعاره مفهومی «عبد و مولا» در اصول فقه

اصولیین متأخر در جای جای مسائل علم اصول، به رابطه بین عبد و مولای عرفی استناد می‌کنند. به عنوان مثال، محقق خراسانی در کتاب «کفایة الأصول» در هشت مسئله به صورت مستقیم رابطه عبد و مولای عرفی را مطرح و به آن استناد کرده است: حقیقت بودن صیغه امر در وجوب، اجزاء اتیان به مأمور به

۱. مراد از پارادایم‌های نام برده شده در این پژوهش، پارادایم‌های شخصیت‌گرایی و اعتبار قانونی است که از استعاره‌های مفهومی مبتنی بر تجربه و فرهنگ نشئت گرفته‌اند و از آن جهت که پیرامون مفهوم «تکلیف» شکل یافته‌اند، دارای اثرگذاری فراوان در علم اصول فقه هستند و همین امر سبب شده است تا «پارادایم» نامیده شوند. از این رو، امکان تشکیل استعاره‌های مفهومی درباره سایر مفاهیم انتزاعی در علم اصول فقه نیز وجود دارد، هرچند منجر به تشکیل یک پارادایم نشود؛ نظیر امکان تشکیل استعاره‌های مفهومی درباره مفهوم «علیت» (ر.ک: خادم‌زاده و سعیدی مهر، ۱۵-۲۹).

از تکرار عمل، کفایت مجرد رجحان و محبوبیت برای صحت تقرب به آن، تمسک به عام در شبهات مصداقیه، عدم تغییر واقع در صورت قطع به خلاف، اقتضاء تنجز تکلیف به قطع بر موافقت عملی و عدم اقتضاء آن بر موافقت التزامی، عدم اختصاص حجیت ظواهر به مقصودین بالافهام و شرط بودن ابتلاء به تمام اطراف در تنجز علم اجمالی (ر.ک: آخوند خراسانی، ۱/۱۲۱ و ۱۶۰ و ۲۴۶؛ ۲/۱۵۶ و ۲۳۸ و ۲۵۷ و ۲۹۱؛ ۳/۱۰۷).

فروانی این استنادها نشانگر آن است که یکی از استعاره‌های مطرح در دانش اصول فقه، استعاره رابطه عبد و مولا است که بر مبنای تکلیف و نشئت گرفته از فرهنگ و تجربیات مختلف اصولیون به وجود آمده است. حال اگر از واژه «تکلیف»، تکلیف الهی را اراده کنیم و کلمه «امر» (فرمان) را بیان‌کننده مفهوم فرمان مولای عرفی بدانیم، می‌توانیم این استعاره را با عبارت «تکلیف، فرمان است» معرفی کنیم. از آنجا که تکلیف از نظر متکلمان حقیقتی سه وجهی، شامل: مکلف، مکلف و افعال متعلق تکلیف دارد و تمام نگاشت‌های استعاری به این سه مؤلفه در حوزه مقصد بازگشت می‌کنند، استعاره «عبد و مولا» نیز از همین الگو پیروی می‌کند.

استعاره: «تکلیف، فرمان است»	
مبدأ: فرمان	مقصد: تکلیف
مولای عرفی	← مکلف
عبد عرفی	← مکلف
دستورات	← افعال متعلق تکلیف
تنبيه	← عقوبت
سود و زیان	← مصلحت و مفسده

جدول ۲- نگاشت‌های استعاره «تکلیف، فرمان است»

استعاره «عبد و مولا» با وجود فراوانی کاربرد آن در کتاب‌های اصول فقهی، با این اشکال اساسی روبرو است که آیا رابطه مکلف و مکلف، همان رابطه عبد و مولا است و مکلفان در واقع برده خداوند متعال محسوب می‌شوند؟ از این رو، ضروری است این استعاره را با یک استعاره مشابه مقایسه کنیم. یکی از استعاره‌های ناظر به وجوه سه‌گانه تکلیف، استعاره «قانون‌گذار و قانون‌پذیر» است که در آن، تکالیف به‌منزله قوانینی در نظر گرفته شده‌اند که خداوند متعال در نقش قانون‌گذار آن‌ها را برای مکلفان وضع کرده است. بر اساس این استعاره، هرچند خداوند متعال در مقام اعتقاد، مولا و سرپرست

انسان‌هاست، اما در مقام تکلیف، نقش قانون‌گذار را دارد و مکلفان نیز به منزله پذیرنده قانون محسوب می‌شوند. شاید بتوان نظریه «خطابات قانونیه» (ر.ک: خمینی، ۲/۲۱۵) را ناظر به این استعاره دانست. طرفداران این نظریه بر این باورند که بررسی روش عقلا در قانون‌گذاری نشان می‌دهد که آنان در این فرآیند، قوانین را به صورت کلی صادر کرده و به تک‌تک کسانی که مخاطب این قانون هستند، توجه مستقلى ندارند؛ قانون در همان کلیت خود باقی بوده و نسبت به هر شخصی، خطاب مستقلى هرچند در ضمن خطاب عمومى، وجود ندارد (تقوى اشتهاردی، ۳/۴۱۴؛ مرتضوى لنگرودى، ۳/۳۱۸؛ مؤمن قمى، ۱/۳۳۷).

۴-۱. تأثیر استعاره «عبد و مولا» بر استدلال در مسائل

با توجه به کاربردهای فراوان استعاره «عبد و مولا» در شکل‌گیری آرای مختلف اصولی، اینک در یک مقایسه تطبیقی، تأثیر این استعاره را در مقایسه با استعاره «قانون‌گذار و قانون‌پذیر» در چند مسئله اصول فقهی بررسی می‌کنیم.

یک: انحلال و عدم انحلال خطاب شرعی

موضوع خطاب‌های موجود در کتاب و سنت، گاه کلی و قابل صدق بر افراد متعدد است و گاه جزئی و غیر قابل صدق بر مصادیق متعدد. اصولیون متقدم همگی بر این باور بودند که خطاب‌های کلی در کتاب و سنت به تعداد مکلفان موجود در زمان حاضر و در زمان‌های بعد، منحل می‌شوند؛ اما بنا بر نظریه «خطابات قانونیه»، خطابات شرعی همچون خطابات عرفی بوده، تشریع شارع اسلام مانند قانون‌گذاری دیگر عقلا و بدون توجه به حالت‌های مختلف مکلفان است (ر.ک: سبحانی، ۱/۴۳۷). بر این اساس، نظریه انحلال خطابات کلی از استعاره «عبد و مولا» سرچشمه می‌گیرد، در حالی که نظریه خطابات قانونی یکی از لوازم استعاره «قانون‌گذار و قانون‌پذیر» است. بر اساس استعاره «عبد و مولا»، چون عبد پرتوی از وجود مولا است، خداوند یکایک بندگان خود را مورد خطاب قرار داده و به هریک جداگانه تکلیف کرده است؛ در نتیجه، اطاعت نکردن از فرامین او به منزله اهانت کردن به مولویت مولا است. اما در استعاره «قانون‌گذار و قانون‌پذیر»، مخاطبان قانون، جزئی از شخصیت قانون‌گذار نبوده، قانون‌گذار برای دستیابی جامعه به مصالح و دوری از مفاسد، قانون‌گذاری کرده است، بدون آن‌که شرایط خاص قانون‌پذیران را در نظر گرفته باشد^۱.

۱. باید اشاره کرد که مسئله انحلال و عدم انحلال خطاب شرعی خود دارای اثرات فراوانی در علم اصول می‌باشد و همین امر نشان دهنده آن است که بحث تأثیر استعاره‌های مفهومی در تولید نظریات اصول فقهی، به موارد انگشت شمار محدود نمی‌شود (برای آشنایی با تأثیر نظریه خطابات قانونیه ر.ک: آهنگری، ۹۵-۱۰۹).

دو: جریان و عدم جریان أصالة الحظر

یکی از مسائل مورد اختلاف میان اصولیون، مسئله مقتضای قاعده اولی در اشیاء با قطع نظر از بیان شارع است. بنا به نظر شیخ انصاری، یکی از دلایل اخباریون برای اثبات وجوب احتیاط در شبهات حکمیه تحریمه، تمسک به أصالة الحظر است (انصاری، فرائد الأصول، ۲/ ۹۰). در برابر، شیخ مفید و شیخ طوسی قائل به توقف در این باره شده (مفید، مختصر التذکره، ۴۳؛ طوسی، العدة، ۲/ ۷۴۲) و مشهور اصولیون هم اصل را بر اباحه قرار داده‌اند (آخوند خراسانی، ۳/ ۵۶ - ۵۷؛ کاظمی خراسانی، ۳/ ۳۷۰؛ اصفهانی، ۴/ ۱۳۱). بنا بر استعاره «عبد و مولا» همه چیز مملوک خداوند است و عبد بدون اذن او نمی‌تواند در آن‌ها تصرف کند. این در حالی است که بر اساس استعاره «قانون‌گذار و قانون‌پذیر»، فلسفه وجودی قانون، تعیین حدود است و مادام که قانونی وضع نشده باشد، مکلف می‌تواند هر تصرفی را در اشیاء مختلف انجام دهد.

سه: ناسازگاری و عدم ناسازگاری میان احکام

یکی از لوازم استعاره «عبد و مولا»، امکان بروز ناسازگاری میان احکام است؛ زیرا بنا بر نگرش برخی از متکلمان مسلمان، مولا می‌تواند بدون هرگونه محدودیتی، بندگان خود را ملزم به انجام کاری کند؛ همچنان که وجود اوامر و نواهی به انگیزه امتحان و مانند آن نیز وجود دارد. اما بر اساس استعاره «قانون‌گذار و قانون‌پذیر»، از آنجا که قوانین تنها بر اساس وجود مصلحت و مفسده تشریع شده‌اند؛ امکان بروز ناسازگاری میان احکام وجود ندارد. بنابراین، وجود ناسازگاری میان احکام، می‌تواند حاکی از بطلان استعاره، بطلان روش، بطلان صورت استدلال یا کاذب بودن مواد آن باشد. روشن به نظر می‌رسد که هرچند بنا بر نظر امامیه، احکام تابع مصالح و مفاسد واقعی هستند؛ اما بسیاری از عالمان اصول فقه بر این باورند که امکان دسترسی مکلفان به این مصالح و مفاسد واقعی وجود نداشته، تنها از طریق دلایل نقلی و گزاره‌های شرعی که محکوم استعاره «عبد و مولا» هستند، می‌توان به این مصالح و مفاسد دست یافت. از این رو، تلاش‌های شهید صدر برای نظام‌مند کردن احکام ناسازگار (ر.ک: صدر، اقتصادنا، ۳۵۷-۴۰۷) در صورت باور به استعاره «عبد و مولا»، بی‌فایده است.

چهار: قبح و عدم قبح تجری

بنا بر آموزه‌های کلامی - اصول فقهی، «متجری» کسی است که از روی بی‌پروایی، با امر یا نهی شارع مخالفت کرده، مأمور به ترک و منهی عنه را مرتکب می‌شود؛ اما پس از مخالفت، معلوم می‌شود که تکلیفی وجود نداشته است. بر اساس دیدگاه اصولیان، تجری دارای قبح فاعلی است؛ هرچند درباره مستحق عقاب بودن متجری با یکدیگر اختلاف نظر دارند (ر.ک: اصفهانی، نهایة الدراية، ۳/ ۲۹؛ حکیم، حقائق الأصول، ۲/ ۱۰؛ انصاری، فرائد الأصول، ۱/ ۴۵). به نظر می‌رسد یکی از لوازم استعاره «عبد و

مولا»، استحقاق عقاب متجری است، زیرا مطابق این استعاره، مخالفت متجری مستلزم هتک ساحت مولویت مولاست؛ اما بر اساس استعاره «قانون‌گذار و قانون‌پذیر»، متجری مستحق عقاب نیست، زیرا عنوان «هتک» موضوعیت نداشته، تنها مخالفت با قانون مهم است.

پنج: وجود و عدم وجود مفهوم برای وصف

یکی از مهم‌ترین مباحث علم اصول، مسئله مفهوم وصف است. بر اساس استعاره «عبد و مولا»، وصف می‌تواند مفهوم نداشته باشد، زیرا بیان‌کننده علیت انحصاری نبوده، بنا به نگرش اشعری، مولا همچنان که می‌تواند به بزرگداشت دانایان پارسا فرمان دهد؛ می‌تواند در خطایی دیگر، به بزرگداشت دانایان بدکردار نیز حکم کند. این در حالی است که بر اساس استعاره «قانون‌گذار و قانون‌پذیر»، وصف موجود در قوانین، بیان‌کننده انحصار و وابستگی حکم به وجود آن است؛ پس باید به مفهوم داشتن وصف باور داشت. شاید به همین جهت باشد که بسیاری از شارحان قوانین مدنی و کیفری ایران برای بسیاری از اوصاف موجود در قوانین، قائل به مفهوم بوده، هرچند در بیشتر این قوانین قرینه‌ای وجود ندارد (ر.ک: جعفری لنگرودی، ۳۴۸؛ امامی، ۴/۳۲۷).

شش: دلالت و عدم دلالت نهی بر فساد معامله^۱

اگر انجام یک معامله مورد نهی ارشادی شارع قرار بگیرد (ارشاد به مانعیت یا شرطیت)؛ بنا بر نظر اصولیون این نهی دلالت بر فساد معامله نخواهد کرد. اما در صورتی که این نهی، مولوی باشد و به ذات سبب تعلق گرفته باشد، چون سبب یکی از افعال اختیاری انسان است (لا تبع وقت النداء)، این نهی مقتضی فساد معامله نبوده، تنها بیان‌کننده حکم تکلیفی حرمت است؛ زیرا نه عقل و نه عرف و نه شرع میان مبعوضیت و فساد، رابطه‌ای نمی‌بینند. اما اگر نهی مولوی به ذات مسبب تعلق گرفته باشد (لا تبع العبد الآبق)، از نظر گروهی از اصولیون مقتضی فساد است (کاظمی خراسانی، ۲/۴۷۱). چنین تحلیلی تنها بر اساس استعاره «عبد و مولا» درست است؛ اما بر اساس استعاره «قانون‌گذار و قانون‌پذیر»، تمامی نواهی متعلق به معاملات، مقتضی فساد معامله هستند، زیرا شأن قانون‌گذاری در این حوزه، تنظیم روابط انسانی و در نتیجه، عدم نفوذ معامله است و نه حرمت تکلیفی آن. باور به حکم تکلیفی حرمت، برآمده از ذهنیت حق مولویت خداوند در دخالت در امور بندگان خود است.

نتیجه‌گیری

از مجموع آنچه در این مقاله پیشتر توضیح داده شد، نتایج زیر به دست می‌آید:

^۱ . برای آشنایی با مثال‌های دیگر (ر.ک: الهی خراسانی، ۹۴-۹۶).

۱- در استعاره مفهومی که توسط دو تن از زبان‌شناسان شناخت‌گرای معاصر ارائه شده است، تنها به جنبه‌های زیبایی‌شناسی گزاره‌ها توجه نشده، فرآیند تفکر انسان، دارای ماهیتی کاملاً استعاری در نظر گرفته می‌شود؛ یعنی انسان‌ها به شیوه‌ای که اجسام یا مفاهیم را تصور می‌کنند، نسبت به آن‌ها شناخت به دست می‌آورند.

۲- نظریه استعاره مفهومی افزون بر این که علت دگرگونی احکام را تبیین کرده است، با شناسایی لوازم استعاره‌های ایجاد شده درباره مهم‌ترین مفاهیم انتزاعی علم اصول فقه، زمینه تولید نظریه‌های سازگار با هدف علم فقه (فلسفه فقه) را نیز فراهم می‌کند.

۳- هرچند بر اساس نظریه استعاره مفهومی، امکان تشکیل استعاره‌های مختلفی نسبت به تمام مفاهیم انتزاعی علم اصول فقه وجود دارد؛ اما از آنجا که نخستین نگاه‌های یکپارچه اصولی توسط متکلمان صورت گرفته و ایشان نیز مسئله «تکلیف» را نقطه محوری مسائل خود قرار داده‌اند؛ تأثیرگذارترین استعاره‌های مفهومی در این علم، پیرامون مفهوم انتزاعی «تکلیف» شکل گرفته است تا جایی که می‌توان ادعا کرد این استعاره‌ها، پارادایم‌های علم اصول فقه را صورت‌بندی می‌کنند.

۴- نظریه‌های مطرح‌شده درباره تغییر احکام از دیرباز تاکنون، بیشتر مبتنی بر تغییر موضوعات احکام است؛ اما بر اساس نظریه استعاره مفهومی، احکام بر فرض ثابت ماندن موضوع‌های خود، همچنان ظرفیت تغییر‌پذیری دارند؛ زیرا اختلاف در احکام، معلول اختلاف در نظریه‌های اصولی است و اختلاف در نظریه‌های اصولی از اختلاف در استعاره‌های پشتیبان آن نظریه‌ها ناشی می‌شود.

۵- پذیرش ماهیت استعاری تفکر و وجود فرهنگ و تجربه‌های شخصی مختلف، موجب نسبت گزاره‌های دینی نمی‌شود؛ زیرا گرچه همیشه نمی‌توان به حقیقت گزاره‌ها دست پیدا کرد؛ اما با کنار هم قرار دادن آیات و روایات دربردارنده احکام شرعی، امکان کشف استعاره‌های حاکم بر آن‌ها و در نتیجه، تولید یک نظریه وجود دارد.

۶- استعاره‌های «عبد و مولا» و «قانون‌گذار و قانون‌پذیر»، دو نمونه از استعاره‌های مفهومی درباره مفهوم انتزاعی تکلیف هستند که هریک در مقایسه با دیگری، منجر به ایجاد نظریه‌های اصول فقهی متفاوت و در نتیجه، احکام فقهی مختلف می‌شوند.

منابع

<http://fazellankarani.com/persian/articles/3481>

ابن منظور، محمد بن مکرم، *لسان‌العرب*، بیروت، دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع، چاپ سوم، ۱۴۱۴ ق.

۱۶۰	فقه و اصول	شماره ۱۲۱
	ابن سینا، حسین بن عبدالله، <i>الشفاء المنطق</i> ، تحقیق و مقدمه عبدالرحمن بدوی، قم، منشورات مکتبه آیت الله العظمی المرعشی النجفی، بی‌جا، ۱۴۰۵ ق.	
	اصفهان، محمدحسین، <i>نهایة الدرایة فی شرح الکفایة</i> ، بیروت، مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث، چاپ دوم، ۱۴۲۹ ق.	
	افراشی، آریتا و حسامی، تورج، «تحلیل استعاره‌های مفهومی در یک طبقه‌بندی جدید با تکیه بر نمونه‌هایی از زبان‌های فارسی و اسپانیایی»، <i>پژوهش‌های زبان‌شناسی تطبیقی</i> ، شماره ۵، بهار و تابستان ۱۳۹۲، ص ۱۴۱-۱۶۵.	
	امامی، حسن، <i>حقوق مدنی</i> ، تهران، کتابفروشی اسلامی، چاپ دهم، ۱۳۷۳.	
	انصاری، مرتضی بن محمدامین، <i>فرائد الأصول</i> ، قم، مجمع الفکر الإسلامی، چاپ نهم، ۱۴۲۸ ق.	
	آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین، <i>کفایة الأصول</i> ، تحقیق و تعلیق علی زارعی سبزواری، قم، مؤسسة النشر الإسلامی، چاپ ششم، ۱۴۳۰ ق.	
	آهنگری، احسان، <i>خطابات قانونیه و بررسی آثار آن در فقه و اصول</i> ، پایان‌نامه دوره کارشناسی ارشد، تهران، دانشگاه امام صادق علیه السلام، ۱۳۹۴.	
	بیرشک، حسین، <i>مبانی کلامی اصول فقه امامیه؛ مکتب شیخ مفید</i> ، تهران، دانشگاه امام صادق علیه السلام، چاپ اول، ۱۳۹۶.	
	پارسا، احمد و حسین پناهی، فردین، «استعاره‌های ترکیبی، گونه‌ای نو یافته از استعاره در سروده‌های خاقانی شروانی»، <i>بوستان ادب</i> ، شماره ۸، تابستان ۱۳۹۰، ص ۲۵-۵۰.	
	تقوی اشتهاردی، حسین، <i>تفصیح الأصول</i> ، تقریرات اصول امام خمینی، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، چاپ اول، ۱۴۱۸ ق.	
	جعفری لنگرودی، محمدجعفر، <i>مبسوط در ترمینولوژی حقوق</i> ، تهران، کتابخانه گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۷۸.	
	جوهری، اسماعیل بن حماد، <i>الصحاح - تاج اللغة و صحاح العربیة</i> ، بیروت، دار العلم للملایین، چاپ اول، ۱۴۱۰ ق.	
	حکیم، محسن، <i>حقائق الأصول</i> ، قم، کتابفروشی بصیرتی، چاپ پنجم، ۱۴۰۸ ق.	
	خادم‌زاده، وحید و سعیدی مهر، محمد، «استعاره‌های مفهومی علیت در دیدگاه لیکاف»، <i>دو فصلنامه فلسفی شناخت</i> ، شماره ۷۱/۱، پاییز و زمستان ۱۳۹۳، ص ۷-۳۳.	
	خالقی، امیرحسین و پورعزت، علی‌اصغر، «بررسی امکان رویکرد چندپارادایمی و فراپارادایمی در مطالعات میان‌رشته‌ای»، <i>مطالعات میان‌رشته‌ای در علوم انسانی</i> ، شماره ۴، پاییز ۱۳۹۰، ص ۱-۲۰.	
	خمینی، روح‌الله، <i>أنوار الهدایة فی التعلیقة علی الکفایة</i> ، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، چاپ دوم، ۱۴۱۵ ق.	

سبحانی، جعفر، *تهذیب الأصول*، تقریرات اصول امام خمینی، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، چاپ اول، ۱۴۲۰ ق.

سکاکی، یوسف، *مفتاح العلوم*، به کوشش نعیم زررور، بیروت، دار الکتب العلمیه، چاپ اول، ۱۴۰۳ ق.

صدر، محمدباقر، *اقتصادنا*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۷ ق.

_____، *دروس فی علم الأصول*، قم، مرکز الأبحاث و الدراسات التخصصية للشهيد الصدر، چاپ ششم، ۱۴۳۱ ق.

طباطبائه، بدوی، *البيان العربی*، بیروت، بی‌نا، بی‌جا، ۱۴۰۶ ق.

طریحی، فخرالدین، *مجمع البحرین*، تهران، کتابفروشی مرتضوی، چاپ سوم، ۱۴۱۶ ق.

طوسی، محمد بن حسن، *العدة فی أصول الفقه*، قم، محمدتقی علاقبندیان، چاپ اول، ۱۴۱۷ ق.

عسکری، حسن بن عبدالله، *الفروق اللغویه*، قاهره، بی‌نا، بی‌جا، ۱۳۵۳ ق.

علامه حلی، حسن بن یوسف، *نهاية الوصول إلى علم الأصول*، قم، مؤسسه الإمام الصادق علیه السلام، چاپ اول، ۱۴۲۵ ق.

علم الهدی، علی بن حسین، *الذخیره*، به کوشش احمد حسینی، قم، جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، بی‌جا، ۱۴۱۱ ق.

عمید، حسن، *فرهنگ فارسی عمید*، تهران، انتشارات پارمیس، چاپ اول، ۱۳۸۹.

فارابی، ابونصر، *الحروف*، تحقیق محسن مهدی، بیروت، دار المشرق، ۱۹۸۶ م.

فاضل لنکرانی، محمد جواد، *زمان و مکان و علم فقه*، ۱۳۹۰

فرزانه، بابک، «بیان» در *دایره المعارف بزرگ اسلامی*، تهران، دایره المعارف بزرگ اسلامی، ۱۳۶۷.

فیرحی، داود، *فقه و سیاست در ایران معاصر-فقه سیاسی و فقه مشروطه*، تهران، نشر نی، چاپ اول، ۱۳۹۱.

قاضی عبدالجبار، ابن احمد، *المحیط بالتکلیف*، قاهره، الدار المصریه، بی‌جا، ۱۹۶۶ م.

کاظمی خراسانی، محمدعلی، *فوائد الأصول*، تقریرات اصول میرزای نائینی، قم، جامعه مدرسین، چاپ اول، ۱۳۷۶.

کدیور، محسن، *نظریه‌های دولت در فقه شیعه*، تهران، نشر نی، چاپ هفتم، ۱۳۸۷.

کلینی، محمد بن یعقوب، *الکافی*، تصحیح علی اکبر غفاری، تهران، دار الکتب الإسلامیه، چاپ چهارم، ۱۴۰۷ ق.
گلفام، ارسلان و یوسفی راد، فاطمه، «زبان‌شناسی شناختی و استعاره»، *تازه‌های علوم شناختی*، سال چهارم، شماره ۳، پاییز ۱۳۸۱، ص ۲۲۷-۲۵۱.

مددی، احمد، *نظام قانونی ولائی در فقه و اصول*، بی‌جا، بی‌نا، بی‌تا (نسخه الکترونیکی).

مرتضوی لنگرودی، محمدحسن، *جواهر الأصول*، تقریرات اصول امام خمینی، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، ۱۳۷۶.

۱۶۲	فقه و اصول	شماره ۱۲۱
	مظفر، محمدرضا، <i>أصول الفقه</i> ، تحقیق عباس علی زارعی سبزواری، قم، بوستان کتاب، چاپ پنجم، ۱۳۸۷.	
	معینی علمداری، جهانگیر، <i>روش‌شناسی نظریات جدید در سیاست (اثبات‌گرایی و فرااثبات‌گرایی)</i> ، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۸۵.	
	مفید، محمد بن محمد، <i>أوائل المقالات</i> ، به کوشش زنجانی و واعظ چرندابی، تبریز، بی‌نا، ۱۴۳۷ ق.	
	_____، <i>مختصر التذکره بأصول الفقه</i> ، قم، کنگره شیخ مفید، چاپ اول، ۱۴۱۳ ق.	
	مؤمن قمی، محمد، <i>تسلید الأصول</i> ، قم، مؤسسه النشر الإسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۹ ق.	
	واعظ الحسینی، محمدرور، <i>مصباح الأصول</i> ، تقریرات اصول سید ابوالقاسم خویی، قم، مکتبه الداوری، چاپ اول، ۱۴۲۲ ق.	
	واعظی، احمد، <i>درآمدی بر هرمنوتیک</i> ، تهران، سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، چاپ پنجم، ۱۳۸۶.	
	ون دایک، تئون آدریانوس، <i>مطالعانی در تحلیل گفتمان: از دستور متن تا گفتمان کاوی انتقادی</i> ، ترجمه پیروز ایزدی و همکاران، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی مرکز مطالعات و تحقیقات رسانه‌ها، ۱۳۸۲.	
	هاشمی، زهره، «نظریه استعاره مفهومی از دیدگاه لیکاف و جانسون»، <i>ادب پژوهی</i> ، شماره ۱۲، تابستان ۱۳۸۹، ص ۱۱۹-۱۴۰.	
	هاوکس، ترنس، <i>استعاره</i> ، ترجمه فرزانه طاهری، تهران، نشر مرکز، چاپ سوم، ۱۳۸۰.	
	الهی خراسانی، علی، <i>نظریه اعتبار قانونی در گذار از شخصیت‌گرایی</i> ، قم، پژوهشکده علوم و فرهنگ اسلامی، چاپ اول، ۱۳۹۵.	
	یحیایی ایل‌ای، احمد، «تحلیل گفتمان چیست»، <i>تحقیقات روابط عمومی</i> ، شماره ۶۰، اردیبهشت ۱۳۹۰، ص ۵۸-۶۴.	

Aristotle, *Poetics*, translated by Joe Sachs, Newburyport, Focus Publishing, 2006.

Fairclough, N., *Language and Power*, London, Longman, 1989.

Lakoff, G. & Johnson, M., *Metaphors We Live by*, Chicago and London, The University of Chicago Press, 1980.

Lakoff, G., The Contemporary Theory of Metaphor, in *Metaphor and Thought*, edited by Andrew Ortony, Cambridge, Cambridge University Press, 1993.

Masreman, M., "The Nature of a Paradigm", *Criticism and the Growth of Knowledge*, London, Cambridge University Press, 1970, pp. 59-90.

Ortony, A., Reynolds, R.E & Arter J.A. "Metaphor: Theoretical and empirical research", *Psychological Bulletin*, 85, 1978, pp. 919-943.



تحلیل مصداقی - انتقادی جایگاه شرع در تقنین و دادرسی کیفری از رهگذر ارتباط فقه و حقوق*

دکتر امیر وطنی

استادیار دانشگاه خوارزمی

Email: vatani_amir@yahoo.com

دکتر احمد باقری

استاد دانشگاه تهران

Email: bagheri@ut.ac.ir

دکتر مهدی شعبانی^۱

دانش آموخته دکتری فقه و حقوق جزا دانشگاه خوارزمی

Email: mahdi.shaabani2013@yahoo.com

چکیده

قانون‌گذاری کیفری، بیش از دیگر شاخه‌های حقوق مستلزم رعایت اصولی است که با منابع تقنین هماهنگی دارند. پیوند حقوق اسلام با قانون‌گذاری و دادرسی، به‌ویژه در حوزه کیفری، نیز بحثی دیرپا بوده؛ در دگرگونی نوین قانونی دچار تغییراتی شده است. در جستار فراروی، میزان پای‌بندی قانون‌گذار در قانون مجازات اسلامی به یکی از مهم‌ترین اصول حاکم بر حوزه کیفری، یعنی اصل قانونی بودن حقوق کیفری در دو مصداق: «معاونت در جرم» (موضوع ماده ۱۲۷ قانون پیش‌گفته) و «جرائم حدی» (موضوع ماده ۲۲۰ همان قانون) مورد ارزیابی قرار می‌گیرد. نگارندگان، به تحلیل انتقادی دو نمونه از این تغییرات در قالب تعارض‌سنجی دو ماده ۱۲۷ و ۲۲۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲/۰۲/۰۱ با اصول ۳۶ و ۱۶۹ قانون اساسی و قاعده قانونی بودن حقوق کیفری پرداخته‌اند. حاصل تحقیق، رویکرد کلی معتدلی به پرسمان منبعیت شریعت برای قانون‌گذاری جزایی نیز به دست می‌دهد و به نظر می‌رسد این قابلیت را دارد که قانون‌گذاری را در تعاملی با اصول تقنینی و فرهنگ دینی جامعه ایران قرار دهد و نیز بتواند شتاب آشفستگی در قانون‌گذاری کیفری ایران را کند و یا قطع کند و سرانجام اینکه شرع در حقوق کیفری موضوعه، منبعی است برای تقنین و نمی‌تواند مستقیماً منبع صدور حکم قلمداد گردد.

کلیدواژه‌ها: شرع، قانون‌گذاری، دادرسی کیفری، حدود، معاونت در جرم.

*. مقاله پژوهشی؛ تاریخ وصول: ۱۳۹۷/۰۴/۱۲؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۷/۱۲/۱۵. این مقاله برگرفته از رساله دکتری نویسنده مسئول با عنوان «امکان سنجی تعمیم قواعد باب حدود به دیگر کیفرها و پیامدهای آن در حقوق کیفری ایران و فقه امامیه» است.

^۱. نویسنده مسئول

Intensional-critical Analysis of the Place of Religion in Criminal Legislation and Proceedings from the Viewpoint of the Relation between Jurisprudence and Law

Amir Vatani, Ph.D. Assistant Professor, Kharazmi University

Ahmad Bagheri, Ph.D. Professor, University of Tehran

Mahdi Shaabani, Ph.D. Graduate of Jurisprudence and Criminal Law, Kharazmi University (corresponding author)

Abstract

The criminal legislation, more than any other branch of law, requires respecting principles that are consistent with sources of legislation. The connection between Islamic law and legislation and proceedings, especially in the criminal field, is also a long-standing debate which has experienced certain changes in the new legal transformation. In the present study, the extent to which the legislator adheres, in the Islamic Criminal Code, to one of the most important principles applicable in the criminal field, i.e. *nulla crimen sine lege* in two instances of abetting (the subject of article 127 of the aforementioned Code) and Hadd Crimes (the subject of article 220 of the same Code) will be assessed. The authors have critically analyzed two examples of such changes in the form of conflict assessment of articles 127 and 220 of the Islamic Criminal Code passed on 21/4/2013 with principles 36 and 169 of the Iranian Constitution and the *nulla crimen sine lege* rule. The outcome of this research also provides a general moderate approach to the question of whether religion is a source of criminal legislation and it seems that it has the capability to make legislation interact, in some way, with the legislative principles and the religious culture of the Iranian society and is able to slow down or stop the acceleration of confusion in the Iranian criminal legislation and finally, religion in positive criminal law, is a source of legislation and may not be a direct source of rendering judgment.

Keywords: religion, legislation, criminal proceedings, Hudud, abetting.

مقدمه

پس از پیروزی انقلاب اسلامی و به دنبال پدید آمدن تحولات عقیدتی در بسیاری از عرصه‌ها - از جمله در عرصه قانون‌گذاری - به موجب اصل چهارم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، «موازن اسلامی» به عنوان اصلی‌ترین منبع و معیار برای قانونگذاری عادی به رسمیت شناخته شد: «کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزائی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر این‌ها باید بر اساس موازن اسلامی باشد. این اصل بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است و تشخیص این امر بر عهده فقهای شورای نگهبان است.» از سویی دیگر، قانون‌گذار اساسی در اصل یک‌صد و شصت و هفتم، دادرسان را در رسیدگی به دعاوی قضایی که حکم مربوط به آن‌ها در قوانین مدون یافت نشود، به صدور حکم با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر مکلف نمود. «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه، از رسیدگی به دعا و صدور حکم امتناع ورزد.»

تفسیر اصل یک‌صد و شصت و هفتم، از آغاز با ابهام‌هایی روبه‌رو شد و بحث‌هایی بنیادین درگرفت (ر. ک: به هاشمی، ۷۰ به بعد؛ بشیریه، ۱۴۹ به بعد) که آیا در حقوق کیفری نیز - به مانند حقوق خصوصی و غیر کیفری - منابع یا فتاوی موصوف می‌توانند به صورت مطلق و بی‌قیدوشرطی ویژه، منبعی برای دادرسی و مستند حکم جزایی باشند یا آن‌که در شاخه یادشده، مانع یا موانعی در راه چنین عملکرد قضایی وجود دارد. علت طرح این پرسش، خصوصیتی است ویژه همان شاخه حقوقی که از قاعده ضروری و دیرین «قانونی بودن حقوق کیفری ماهوی و شکلی» سرچشمه می‌گیرد. جایگاه قاعده یادشده در حقوق ایران پس از انقلاب، با پذیرش صریح در اصول سی و ششم و یک‌صد و شصت و نهم قانون اساسی و تلویحاً در برخی دیگر از اصول قانون مزبور، تأیید و تثبیت شد.

در اصل ۳۶ ق.ا. مقرر گردید: «حکم به مجازات و اجرای آن باید تنها از طریق دادگاه صالح و به موجب قانون باشد.» قید «تنها» در این اصل، مفسر را به مفهوم مخالفی از گونه حصر رهنمون می‌کند که این گونه از مفاهیم، نزد مشهور و بلکه اکثر اصولیان امامیه معتبر و حجت شناخته شده و آن این‌که هیچ دادگاه صالحی نمی‌تواند با استناد به منبعی جز قانون، اشخاص را به مجازات محکوم نماید و با فرض صدور و قطعیت چنین حکمی، از نظر قانون اساسی اجرای آن نیز وجاهت و اعتبار نخواهد داشت. حال با نگاه به دو اصل ۳۶ و ۱۶۷ ق.ا.، احتمال تعارض میان آن دو رخ می‌نماید. در این زمینه، دیدگاه‌های نسبتاً گوناگونی برای توجیه یا حل این تعارض ظاهری یا بدوی مطرح شده است (هاشمی، ۷۰ به بعد؛ بشیریه،

۱۴۹ به بعد). اما فارغ از مجادله‌های مطروح، رویه غالب قانون‌گذاری در قوانین عادی و نیز رویه واحد قضایی تا پیش از تصویب قانون مجازات اسلامی در سال ۱۳۹۲، با این دیدگاه همراه شده بود که دادرس، نمی‌تواند شخصی را به اتهام ارتکاب رفتاری که در قوانین جرم‌انگاری نشده؛ ولی در شرع مقدس یا متون فقه، تحریم یا تجریم شده (چه از نوع حدّی و چه گونه تعزیری)، تحت تعقیب قرار دهد؛ به دیگر سخن، دست‌کم در دو سطح جرم‌انگاری و تعیین مجازات، منبع منحصر دادرسی و تنها مستند حکم، قوانین مدوّن و مصوّب مرجع رسمی قانون‌گذاری کشور بود.

در قانون نوین مجازات اسلامی مصوّب ۱۳۹۲/۰۲/۰۱، رویکرد قانون‌گذار عادی به مقوله منبعیت شرع برای دادرسی کیفری در برخی مسائل دچار تغییراتی انتقادی برانگیز گشت که به نظر می‌رسد قاعده قانونی بودن حقوق کیفری و اصل ۳۶ ق.ا. را خدشه‌دار کرده؛ راه را برای تفسیر عادلانه و متناسب با شرایط زمانی و مکانی اصل ۱۶۷ ق.ا. نیز ناهموار ساخته است. برخی مقولاتی که آماج این تغییرات قرار گرفتند، عبارت‌اند از: ۱. تقسیم جرائم تعزیری به تعزیرات منصوص شرعی و تعزیرات غیرمنصوص شرعی - بدون احصای مصادیق و یا تعیین ضابطه‌ای عام و شفاف - و عدم اجرای مقررات تسهیلی، تأمینی و تربیتی (از قبیل تعویق صدور حکم، تعلیق اجرای مجازات، توبه و مرور زمان) در خصوص تعزیرات منصوص شرعی (به‌موجب تبصره ۲ ماده ۱۱۵ ق.م.ا). (نیز ر. ک: به: اردبیلی، ۲۰۴)، ۲. کیفر معاونت در جرم (ماده ۱۲۷) و ۳. جرائم حدّی مقرر در شرع که در قانون ذکر نشده‌اند (ماده ۲۲۰). این وضعیت در حالی است که قید «تعیین مجازات در قانون» به‌صراحت در تعریف قانونی و لازم‌الاتباع جرم لحاظ شده است (ماده ۲ ق.م.ا). و بدون وجود کیفر معین برای یک رفتار در قانون، اساساً پدیده جنایی به لحاظ حقوقی و اعتباری، به وجود نمی‌آید! افزون بر آن، در ظاهر امر و در قواعد کلی حاکم بر حقوق کیفری، جایگاه اصل قانونی بودن در ماده ۱۲ همان قانون - بیش‌ازپیش و ذیل فصلی نوین با عنوان «قانونی بودن جرائم، مجازات‌ها و دادرسی کیفری» - مستحکم‌تر و تثبیت‌شده معرفی و اعلام شد: «حکم به مجازات یا اقدام تأمینی و تربیتی و اجرای آن‌ها باید از طریق دادگاه صالح، به‌موجب قانون و با رعایت شرایط و کیفیات مقرر در آن باشد.» حتی تأکید ظاهری و عمومی قانون‌گذار بر ضرورت اصل مزبور، تا آنجا پیش رفت که در ماده ۱۳، به ضمانت اجرای مدنی و کیفری نیز مقید گردید.

پرسش و ضرورت پژوهش

مسئله‌ای که در این جستار مورد پژوهش و نقد قرار می‌گیرد، دارای دو بعد است: نخست، بعدی کلی و مفهومی؛ با این توضیح که می‌بایست رویکرد نوین و تغییر یافته قانون‌گذار عادی ایران به مقوله پیوند حقوق

کیفری اسلام و فقه جزایی امامیه با دادرسی کیفری و امکان منبعیت شرع مقدس برای دادرسی موصوف - افزون بر منبعیت برای قانون‌گذاری - به حیطه نقد و ارزیابی علمی کشیده و به مبانی و اصول حقوقی - شرعی عرضه و نتیجه‌گیری شود. دوم، بعد جزئی و مصداقی؛ با این شرح که از میان چند مقوله پیش‌گفته، دو مصداق کیفر معاونت در جرم موضوع ماده ۱۲۷ ق.م.ا. و جرائم حدی موضوع ماده ۲۲۰ همان قانون، به‌صورت موردی ارزیابی شوند.

پرسش اصلی این جستار این‌که رویکرد نوین قانون مجازات اسلامی اخیرالتصویب به جایگاه شرع (حقوق اسلام) در دادرسی کیفری - به‌ویژه در دو مقوله اشاره‌شده در بالا - در پیوند و تقابل با اصول ۳۶ و ۱۶۹ قانون اساسی، مواد ۲ و ۱۲ قانون مجازات اسلامی و نهایتاً قاعده قانونی بودن حقوق کیفری چگونه توجیه می‌یابد.

فرضیه‌ای که می‌تواند به‌عنوان پاسخی برای پرسش پیش‌گفته دانسته و در این جستار به مرحله اثبات برسد، این‌که مواد ماده ۱۲۷ و ۲۲۰ ق.م.ا.، با مواد ۲ و ۱۲ همان قانون، اصول ۳۶ و ۱۶۹ قانون اساسی و قاعده قانونی بودن حقوق کیفری در تعارض آشکار و مستقری قرار دارند و متأسفانه قاعده مزبور را در اصلاحات نوین قانون جزایی مادر ایران، دچار استثنائاتی بی‌مبنا و نپذیرفتنی کرده‌اند. شریعت مقدس اسلامی و فقه امامیه، بر مبنای اصل چهارم ق.ا. باید منبع قانون‌گذاری باشد و با توجه به ضرورت رعایت حد اکثری اصل قانونی بودن، نمی‌تواند منبعی برای دادرسی (قضات) کیفری انگاشته شود.

قاعده قانونی بودن حقوق کیفری مبانی گوناگونی دارد (اردبیلی، ۱۸۴؛ منصورآبادی، ۳۲ - ۳۴) که در حقیقت جهات ضرورت التزام به مفاد آن قاعده - هم در تقنین و هم در دادرسی - به شمار می‌آیند؛ ولی از میان همه آن مبانی، قاعده قبح عقاب بلایان، اصالت آزادی‌های فردی و رعایت حقوق انسانی، جزو اساسی‌ترین آن‌هاست. به نظر می‌رسد حاکمیت ارزش‌های دینی بر فرهنگ جامعه ایران و نیز دیدگاه‌های سنتی به حقوق اسلام - البته با رهیافت و رویکردی خاص - این انگیزه را برای قانون‌گذار ایجاد کرده باشد که با وضع مقررات جدید، قلمروی التزام به اصل قانونی بودن را کاهش دهد؛ ولی به نظر می‌رسد راه‌حل میانه‌ای نیز وجود دارد که بتوان میان لزوم حفظ حقوق فردی شهروندان و احترام به آزادی‌های مشروع (ماده واحده قانون احترام به آزادی‌های مشروع و حفظ حقوق شهروندی، ۱۳۸۳ و ماده ۷ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲/۱۲/۰۴) با رعایت احکام و موازین اسلامی جمع کرد. این راه‌حل و رویکرد، یکی از نتایج کلی جستار فراروی خواهد بود. ضرورت تشخیص رویکرد قانون‌گذار به منبعیت شرع برای دادرسی کیفری و اصلاح آن، در ضرورت و اهمیت جمع میان دو محور اساسی پیش‌گفته نهفته است. افزون بر همه این‌ها، اجرای مواد ۱۲۷ و - به‌ویژه - ۲۲۰ ق.م.ا. مصوب سال ۱۳۹۲، توالی فاسدی را نیز در بر خواهد

داشت که جلوگیری از وقوع آن‌ها ضرورتی انکارناپذیر دارد.

هدف پژوهش

پژوهش پیش روی، در پی آن است که پس از تحلیل رویکرد قانون نوین به جایگاه شرع و منابع و فتاوی معتبر اسلامی - فقهی در دادرسی کیفری، امکان‌سنجی استناد به آن‌ها در صدور و اجرای حکم جزایی و بیان انتقادهای وارد و پیامدهای رویکرد فعلی، با طرح دیدگاهی میانه و متوازن و ارائه رویکرد جایگزین، ضمن فراهم‌سازی بستر مناسب برای اجرای عاقلانه و عادلانه اصل چهارم ق.ا.، قاعده قانونی بودن حقوق جزایی را نیز به‌عنوان دست‌آورد عقلایی بشر، پاس داشته و به‌ویژه در دو مصداق موضوع بحث در جستار حاضر، میان حفظ حقوق و آزادی‌های مشروع انسانی و فرهنگ دینی جامعه ایرانی هم‌سازگاری پدید آورد.

تحلیل منبعیت شرع در تعیین کیفر معاونت در جرم و بررسی ماده ۱۲۷

ماده ۱۲۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲/۰۲/۰۱ چنین بیان می‌دارد: «در صورتی که در شرع یا قانون، مجازات دیگری برای معاون تعیین نشده باشد، مجازات وی به شرح زیر است: الف) در جرائمی که مجازات قانونی آن‌ها سلب حیات یا حبس دائم است، حبس تعزیری درجه دو یا سه ب) در سرقت حدی و قطع عمدی عضو، حبس تعزیری درجه پنج یا شش پ) در جرائمی که مجازات قانونی آن‌ها شلاق حدی است سی و یک تا هفتاد و چهار ضربه شلاق تعزیری درجه ششت) در جرائم موجب تعزیر یک تا دو درجه پایین‌تر از مجازات جرم ارتكابی ...»

چنان‌که دیده می‌شود، قانون‌گذار، کیفر منصوص شرعی برای معاونت در جرم را بر کیفرهای مقرر قانونی، مقدم و اولی دانسته و قاضی را مکلف نموده است که نخست به شرع مراجعه کند و تنها پس از جست‌وجوی کافی و عقلایی و یأس از یافتن مجازات شرعی معین، مجاز خواهد بود که بر پایه قانون خاص و یا حکم عام مقرر در ماده ۱۲۷ کیفر معاون را مورد حکم خویش قرار دهد. بنابراین در تعیین مجازات معاونت، «شرع» منبعی فراتر و برتر از قانون اعلام شده است. اما هنگامی که به اصل سی‌وششم ق.ا. و مواد ۲ و ۱۲ ق.م.ا. نظر افکنده شود، دریافت می‌گردد که منبع منحصر حکم به مجازات و اجرای آن، قانون است. پس در نگاه نخست، میان دودسته مقررات یادشده و مورد مقایسه با ماده ۱۲۷ تعارض دیده می‌شود.

ممکن است در حلّ این تعارض گفته شود که هنگامی که خود قانون مجازات در ماده ۱۲۷، مراجعه به

شرع را تجویز نموده، درواقع مستند حکم به کیفر شرعی معاونت همان قانون خواهد بود و ازاین‌رو، تعارض بدوی مورد‌بحث از میان می‌رود و استقرار نیافته است. در تحلیل این دیدگاه سزااست که چنین گفته شود: با عنایت به پیشینه تاریخی تکوین و تحوّل قاعده قانونی بودن جرم و مجازات (منصورآبادی، ۳۱) و نیز قاعده عقلی «قیح و منع عقاب بلا بیان» (حکیم، ۴۷۵؛ انصاری، ۵۶) و ارشادات نقلی‌اش (صدر، ۱۱/ ۸۴؛ سبزواری، ۱۶۲/ ۲)، منظور قانون‌گذار اساسی از لزوم استناد حکم کیفری به قانون، ضرورت وجود قانونی خاص و حاکم بر مورد به‌صورت موردی و معین است و نه جواز ارجاع عام قانون به منبعی دیگر؛ هرچند آن منبع، شرع مقدّس و انور اسلام باشد. هم‌چنین روح کلی حاکم بر اصل قانونی بودن و نصوص قانونی حاکی از اصل مزبور نیز تفسیر مورد ارزیابی را برنمی‌تابد.

راه‌حل احتمالی دیگر برای توجیه تعارض مورد بحث، این‌که ماده ۱۲۷ تخصیصی بر عموم افرادی اصل ۳۶ یا مواد ۲ و ۱۲ ق.م.ا. و یک استثنا دانسته شود. ظاهراً قانون‌گذار نیز با همین نگاه و هدف ۱۲۷ را تصویب کرده است. ولی اشکالی که بر این دیدگاه و - در نتیجه - بر وضع آن ماده در قسمت ارجاع به شرع، از حیث نظری وارد است، این‌که عمومیت قاعده قانونی بودن و لسان مطلق اصل ۳۶، در ذات خود، استثناناپذیر و - به تعبیر دانشمندان اصول فقه - آبی از تخصیص‌اند و - همان‌سان که در میان اصولیان مشهور است - قواعد عقلی و در موضع سخن، قاعده قبح کیفر بدون بیان، تخصیص‌ناپذیرند (مکارم شیرازی، ۴۷/ ۳؛ ابروانی، ۱۷۳/ ۱). انتقاد اصلی به حکم ماده ۱۲۷ مبنی بر منبعیت شرع مقدّس برای حکم کیفری، بدون تنصیص خاصّ قانونی، دقیقاً از همین ویژگی عقلی و طبعی تخصیص‌ناپذیری قاعده قبح عقاب و اصل قانونی بودن سرچشمه می‌گیرد. حکم کیفری، نباید جز به قانونی که از سوی نمایندگان اعضای جامعه به‌سان پیمانی همگانی، رسمیت و اعتبار یافته و به همگان بیان شده و - بنا بر فرض قانونی - افراد جامعه از آن آگاهی یافته‌اند (کاتوزیان، ۲۴)، مستند باشد. حال، چه آن منبع، شرع انور باشد؛ چه هر منبعی جز قانون. جایگاه و شأن حقوق اسلام یا فقه امامیه، همانی است که در اصل چهارم ق.ا. مورد اشاره و تأکید واقع شده؛ یعنی این‌که منبعی برتر برای تقنین باشد؛ نه مستقیماً صدور حکم جزایی، درجایی که قانون خاص حکومت ندارد.

در اینجا، این پرسش ابهام‌زایی می‌کند که اگر مراد قانون‌گذار اساسی در اصل سی‌وششم، انحصار منبع دادرسی کیفری در قانون بوده، پس اصل یک‌صد و شصت و هفتم که تکلیف دادرس را در فروض سکوت، نقص، اجمال و یا تعارض قوانین مدوّن، مراجعه به منابع و فتاوی معتبر اسلامی - فقهی معین کرده، چگونه توجیه می‌شود. در پاسخ باید گفت: نخست این‌که در دو فرض اجمال و تعارض قوانین کیفری، قانون خاص وجود دارد و حقوق اسلام، به‌درستی منبعی برای صرفاً رفع اجمال و حلّ تعارض

قوانین بوده؛ این امر، روشی هم‌سو با اصل چهارم و مناسب با اغراض و نیات قانون‌گذار عادی ایران است؛ چه آن‌که قانون‌گذار عادی به رعایت موازین اسلامی مأخوذ و مقید بوده است. بنابراین، دو فرض یادشده، از موضع اشکال بالا خارج‌اند و منبعیت شرع در آن دو مورد، با اصل ۳۶ و قاعده قانونی بودن منافات و تعارضی ندارد. دوم این‌که در دو فرض سکوت و نقص قانون کیفری، به دلالت عموم و اطلاق استثنای پذیر اصل ۳۶ و مبانی عقلایی و شرعی آن، دو سطح «جرم‌انگاری» و «تعیین کیفر»، تخصصاً از حوزه شمول اصل ۱۶۷ بیرون بوده؛ به دیگر سخن، خروج موضوعی دارند. چه که اگر در تفسیر اصل ۱۶۷ ق.ا.، اصول ۳۶ و ۱۶۹ نیز دیده شوند، نتیجه این خواهد بود که قانون‌گذار اساسی در هنگام تصویب و تثبیت اصل ۱۶۷، دو سطح اخیر را اصلاً منظور نداشته و نتیجتاً در صورت سکوت یا نقص قانون، در خصوص اصل جرم بودن رفتارها یا تعیین اصل کیفر برای جرائم، نصّ اساسی حاکم، تنها اصل ۳۶ خواهد بود. اما در سایر سطوح فرایند کیفری (به‌مانند ضوابط مفهومی - تعریفی اصطلاحات جزایی مذکور در قوانین)، حقوق اسلام یک منبع برای دادرسی است (نیز ر.ک. به: اردبیلی، ۲۰۳ - ۲۰۴)؛ بی آن‌که این امر، خللی به اصل قانونی بودن وارد آورد.

ایراد و انتقاد نظری دیگر در خصوص بخش مورد تحلیل از ماده ۱۲۷، این‌که به‌هیچ‌روی، مراد قطعی قانون‌گذار از مفهوم و مصداق «شرع» روشن نیست. آیا منظور مسلمّات و ضروریات شرعی است؛ موارد اجماعات محصّل یا اجماعات منقول؛ دیدگاه‌های مشهور فقیهان امامیه و یا فتوای ولی فقیه؟ آیا رواست که قانون‌گذار کیفری، کیفر قانونی معاونت را به عدم یافت کیفر شرعی منوط کند و درعین حال، نه ضابطه مفهومی روشن و قطعی از شرع به دست دهد و نه مصادیق این مفهوم را احصا کند؟ مشکلی که در برخی مقرّرات موضوعه ایران پس از انقلاب اسلامی، با توسّل به نظریه مشهور فقیهان یا دیدگاه فتوایی ولی فقیه برای حلّ آن تلاش شده است. در این باره، نصّ موجود، ماده ۱۸ اصلاحی قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوّب ۱۳۸۵/۱۰/۲۴ و به ویژه تبصره یک آن بود که مقرر می‌داشت: «مراد از خلاف بین شرع، مغایرت رأی صادره با مسلمّات فقه است و در موارد اختلاف نظر بین فقها ملاک عمل نظر وی فقیه یا مشهور فقها خواهد بود.» هرچند این مقرّره به موجب ماده ۵۷۰ قانون آیین دادرسی کیفری مصوّب ۱۳۹۲/۱۲/۰۴ کمیسیون قضائی و حقوقی مجلس شورای اسلامی نسخ صریح شده است؛ لیکن مناط موجود در آن در حال حاضر نیز می‌تواند مورد عمل باشد که البته راه حلّ نهایی و قطعی نیست! به ویژه که در ماده ۴۷۷ قانون آیین دادرسی کیفری به عنوان جایگزین نصّ پیش گفته، تعریفی از خلاف شرع بین ارائه نشده است.

از منظر اجرایی، صرف‌نظر از این انتقاد که اجرای برخی مجازات شرعی علیه معاونان جرم، خلاف و

ناقض مصالح کلان ملی و بین‌المللی، موهن نظام اسلامی و موجب تحمیل هزینه و رنج مضاعف بر جامعه و کسان محکوم‌علیه است (نیز ر.ک: گلدوزیان، ۱۵۶ - ۱۵۷) و یک سیاست جنایی کارآمد و مبتنی بر اسلام عقل‌گرا و مقاصدمحور، از پذیرش و اجرای آن‌گونه کیفرها ابا دارد، مستلزم پدیدآوری عسر و حرج قضایی نیز خواهد بود؛ چه آن‌که استخراج احکام کیفری از منابع چهارگانه حقوق استدلالی اسلام، بی‌تردید نیروی اجتهاد در دادرس را می‌طلبد و نیز تبیین مجازات معاونان از طریق تفحص در متون و فتاوی فقهی، نیازمند دانش و مهارت‌هایی ویژه است که قضات فعلی، اغلب امکان و مجال تحصیل مقدمات یادشده را ندارند. هم‌چنین پدیده تشّت آرا و قرانات در فقه جزایی امامیه، بر مشکلات اجرای مقرره موردبحث، خواهد افزود.

با توجه به سخنان و مباحث پیشین، سزااست که قانون‌گذار عادی، تکلیف ذاتی و غیرقابل تفویض خود در خصوص تطبیق مقررات مدوّن با موازین اسلامی را بر دوش دادرسان کیفری - که ذاتاً و یا دست‌کم، در زمان حاضر، تنها معجری قوانین و تطبیق‌دهنده موضوعات و قضایا با احکام قانونی‌اند - نهند و خود، احکام جزایی اسلام و از جمله، کیفرهای معاونت در جرم را به‌صورت موردی و معین و با رعایت مصالح عقلایی زمانی و مکانی، در قوانین عادی انعکاس بخشد تا شرع مقدّس، در عرصه نظام نوین کیفری ایران، به جایگاه اصلی خود - یعنی منبع قانون‌گذاری - بازگردد.

تحلیل جرم‌انگاری حدود ذکر نشده در قانون مجازات اسلامی و بررسی ماده ۲۲۰

در تغییرات اخیر قانون مجازات اسلامی، یکی از بخش‌هایی که دست‌خوش تحوّل شد، جرائم موجب حد است. قانون‌گذار با تفکیک برخی عناوین پیشین از یکدیگر (مانند محاربه و افساد فی الارض) و نیز تعریف رفتارهایی مجرمانه با عنوان تازه حدّی (مانند بغی و سب‌النبی)، نهایتاً شمار جرائم موصوف به حدّی را از ۹ جرم (در قانون مجازات اسلامی مصوّب ۱۳۷۰) به ۱۲ عنوان افزایش داد که عبارت‌اند از: زنا، لواط، تخیذ، مساحقه، قوّادی، قذف، سبّ نبی، مصرف مسکر، سرقت، محاربه، بغی و افساد فی الارض. در کنار و مرتبط با این تغییرات، مهم‌ترین و متأسفانه نادرست و زیان‌بارترین تغییر که پیشینه‌ای نیز نداشته، تصویب ماده ۲۲۰ است که عیناً چنین مقرّر داشته: «در مورد حدودی که در این قانون ذکر نشده است طبق اصل یک‌صد و شصت و هفتم (۱۶۷) قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران عمل می‌شود.»

در تبیین مفاد و حکم ماده یادشده، باید گفت که قانون‌گذار عادی برخلاف اصل ۳۶ ق.ا. و قاعده ضروری و پذیرفته‌شده قانونی بودن، صراحتاً دادرس را در خصوص آن دسته از رفتارهایی که در منابع یا فتاوی معتبر اسلامی موجب حد دانسته شده؛ ولی در قانون مجازات اسلامی ذکر و تعییناً جرم‌انگاری

نشده‌اند، به صدور حکم مجازات بر مبنای حقوق کیفری اسلام ملزم کرده است. چه آن‌که عبارت آن ماده، جمله خبری در مقام انشا و آکد از امر است (آخوند خراسانی، ۷۱؛ مظفر، ۱/ ۱۱۴). بنابراین، تفسیری که نگارنده - در بخش نخست - از جایگاه اصل ۱۶۷ در دعاوی کیفری به دست داد، با مقرر قانونی مزبور، تخصیص می‌خورد و ناچار باید پذیرفت که اصل ۱۶۷، حتی در دو سطح جرم‌انگاری و تعیین کیفر برای رفتارها، در خصوص اسباب شرعی حدود حاکمیت یافته و شرع مقدس، در حوزه آن‌گونه رفتارها - که بر مبنای ماده ۲ ق.م.ا، چون در قانون ذکر نشده‌اند، نمی‌توان آن‌ها را در لسان حقوقی - قانونی، جرم نامید - منبعی برای دادرسی جزایی معرفی شده است. بنابراین اگر شخصی به «ارتداد» متهم شود، باید تحت پیگرد قرار گیرد و پس از اثبات رفتار با ویژگی‌های مصرح در متون و فتاوی فقهی، به کیفر شرعی مقرر - که از گونه حدود و در برخی موارد، سالب حیات است - محکوم شود؛ چه آن‌که تقریباً اکثر فقیهان بنام و برتر شیعه، رفتار مزبور را جزو اسباب حدود برشمرده یا ملحق به حدود ذکر کرده‌اند (شهید ثانی، ۱۴/ ۳۲۷). حال آن‌که هیچ مقرر خاص قانونی، رفتار یادشده را - به‌خودی‌خود - جرم ندانسته و طبعاً کیفری نیز برایش معین نکرده است.

پیامدهای التزام به مقررات ماده ۲۲۰، از آنچه در خصوص ماده ۱۲۷ گفته شد، غیراصولی‌تر و نپذیرفتنی‌تر است؛ زیرا علاوه بر مخالفت با اصول ۳۶ و ۱۶۹ ق.ا، مواد ۲ و ۱۲ ق.م.ا. و قاعده قانونی بودن جرم و کیفر (به شرحی که در بخش پیش گذشت) - و افزون بر این ایراد ماهوی اساسی که بر پایه ماده ۲، اساساً رفتاری که در قانون کیفر خاص و معین نیافته باشد، ماهیتاً و از منظر دانش حقوق کیفری و قانون، «جرم» محسوب نمی‌شود؛ هرچند در نصوص شرعی یا فقهی دارای مجازات باشد - با دو اشکال اساسی دیگر نیز روبه‌روست: نخست، از حیث اصول و مبنای مسئولیت کیفری؛ با این توضیح که اشخاص در معرض تعقیب، محاکمه و کیفر در قبال ارتکاب رفتارهایی واقع می‌شوند که - به‌احتمال بسیار - بیش‌تر آنان از جرم و قابل مجازات بودن آن‌ها آگاهی ندارند (گلدوزیان، ۲۴۲)؛ چراکه مراجعه عوام به منابع حقوق اسلام و یا متون فقه و آگاهی از حدود نامذکور در قانون، اگر تکلیف به ما لایطاق نباشد، بی‌گمان معسور و خرجی بوده؛ به‌موجب قاعده نفی عسر و حرج، شرعاً مرفوع‌اند (بقره: ۱۸۵؛ مائده: ۶؛ حج: ۷۸).

اشکال بنیادین دوم این‌که فقیهان امامیه در شمار اسباب حدود و نیز عناوین آن‌ها اختلافات فاحش و پردامنه‌ای دارند (موسوی اردبیلی، ۲۸/ ۱)؛ به‌گونه‌ای که تعداد رفتارهای موجب حد در متون و فتاوی فقهی، میان کمینه، ۶ رفتار و بیشینه، ۱۶ رفتار نوسان دارد (علامه حلی، ۳/ ۵۲۱ به بعد؛ خوئی، ۲۰۳/ ۴۱) و نه‌تنها اجماعی در این خصوص - جز در مورد ۶ رفتار - موجود نیست؛ بلکه دیدگاه اشهر یا مشهوری نیز وجود ندارد (ر.ک. به: شعبانی - محبان، ۲۵ تا ۴۳) از میان موارد اجماعی و حدّاقلی نیز تنها عنوان ارتداد

است که در قانون مجازات اسلامی ذکر نشده است. بنابراین، تحصیل موضع حقوق اسلام در این باره، بسیار دشوار و - حتی با فرض امکان صدور حکم با استناد به فقه - موجب تشّت آرای دادگاه‌ها در امور خطیر کیفری - که انتظار معقول و به جای جامعه، در این امور، برخورد یگانه و برابر همه مراجع با موارد همسان است - خواهد بود.

افزون بر دو اشکال نظری یادشده در بالا، - به سان آن ایراداتی که از منظر اجرایی بر تقدّم کیفر شرعی معاونت بر مجازات موضوع ماده ۱۲۷ ق.م.ا. بیان شد - اجرای مقررّه ماده ۲۲۰ نیز با ایراد لزوم اجتهاد و مهارت تشخیص حکم شرعی یا حتی فتوای فقهی در دادرسی روبه‌روست؛ با این تفاوت اسفبار که - برخلاف بحث معاونت که جرم مباشر، در قانون مورد تصریح بوده - این بار قانون‌گذار اصل جرم انگاشتن رفتار شرعاً حدّی را نیز به دادرسی واگذار کرده که بی‌گمان، ناقض بی‌مبنای اصل قانونی بودن است و به نظر می‌رسد از تفسیری نادرست از اصل ۱۶۷ ق.ا. و این رویکرد بدعت‌گرایانه قانون‌گذار سرچشمه می‌گیرد که تعیین مجازات و صدور حکم کیفری، می‌تواند مستقیماً مستند به منبع حقوق اسلام باشد. اما در جستار فراروی کوشیده شد رویکردی جایگزین تبیین و تثبیت شود.

رویکرد شایسته به پیوند حقوق کیفری اسلام (شرع مقدّس) با نظام نوین کیفری، در پژوهش حاضر این‌گونه ترسیم می‌شود:

پیرامون رابطه فقه و حقوق یا شرع و قانون، سخن‌ها بسیار رانده شده و قلم‌ها نیز بسیار فرسوده گشته؛ از این رو، در این جا تنها به اندازه نیاز برای ورود به مبحث اصلی درباره گفتمان پیش‌گفته بحث خواهد شد. از حیث موضوع دودانش، نسبت میان فقه و حقوق را بنا بر نظریه فقه حدّاقلی، عموم و خصوص من وجه و بنا بر نظریه فقه حداکثری، عموم و خصوص مطلق دانسته‌اند. (ناصری، ۱۷۰ - ۱۷۱) از حیث هدف، روش، مبانی، منابع و تقسیم‌بندی و شاخه‌ها نیز هم همانندی و هم ناهم‌گنی میان فقه و حقوق تبیین و ترسیم شده و بدین سان مقایسه‌ای نسبتاً جامع صورت گرفته است که شایسته توجّه و ژرف‌اندیشی می‌نماید (ناصری، ۱۷۱ - ۱۸۷) در این جا نگارنده بی‌آن‌که بر آن باشد تا بحث جداگانه‌ای در این باره نماید یا دیدگاه دیگر پژوهندگان ارجمند را داوری کند، شایسته می‌داند بیش‌تر از زاویه ارتباط این چیدمان با گفتمان مورد بحث در این جستار، نکاتی را به گونه فشرده در برابر خواننده گرامی قرار دهد تا بلکه هم در گفتمان مهمّ پیوند میان فقه و حقوق سودمند افتد و هم راه را برای تحلیل درست بحث ماهوی اصلی در این مجال، هموار سازد:

۱. فقه، یک دانش و در عین حال، یک پدیده تاریخی است. حقوق نیز همین گونه است؛ اما آن‌چه در این جایگاه، دارای تعیین‌کنندگی است، نظام تقنینی - قضایی پذیرفته و مورد اجرا در یک دولت - ملت و در

درون یک سرزمین است. نظام تقنینی - قضایی، همان حقوق کاربردی است که در تعامل با دولت و سرزمین معنا می‌یابد. فقه کیفری امامیه، در دوره‌های متمادی تاریخ، این خصیصه را فاقد بوده و تنها چند دهه است که پای به عرصه تقنین و قضا در سرزمین ایران و در تعامل با دولت - ملت ایران نهاده است. از این رو، در عین حال که باید پذیرفت و مستشرقان و اسلام‌شناسان غیرمسلمان نیز پذیرفته‌اند که در دین اسلام، یک نظام حقوقی هست و می‌توان بر این گزاره صحه نهاد که اسلام، ویژگی‌های حدّ اقلّی یک نظام حقوقی را داراست و از همین رو نیز پیوسته در زمره نظام‌های حقوقی معتبر عصر حاضر، به شمار آمده است؛ اما نکته شایان توجّه این که فقه، ویژگی‌های ممتاز و منحصر به فردی دارد که نخست، در بسیاری از نظام‌های حقوقی دیگر، یا اصلاً وجود ندارد و یا بسیار کم‌رنگ‌تر است و دوم، این ویژگی‌ها پیوسته بر اعم بودن فقه نسبت به نظام‌های حقوقی معاصر و ناهم‌سانی این دو نظام تأکید می‌کنند. برخی از این ویژگی‌ها، عبارتند از:

- دینی و آسمانی (فرازمینی) بودن، صبغه الهی داشتن و یا: ارتباط با امر قدسی؛
- دخالت گسترده اخلاق در قواعد حقوقی؛
- پرداختن به روابط میان انسان و خدا، افزون بر روابط میان انسان‌ها با یک‌دیگر؛
- وجود الزام‌ها و ضمانت‌های اجرایی غیرمادّی و فرادنیوی؛
- تکثّر پروری با دامنه گسترده و نوسان بسیار در قرائت‌ها، هم در اصول و هم در فروع؛
- موضوعیت برخی احکام و نهادهای حقوقی در کنار طریقت؛
- فراوانی وصف «ثبات زمانی - مکانی» در مقرّرات و
- بستگی غیرقابل اغماض به ظرف زمانی - مکانی شکل‌گیری و یا - به دیگر سخن - غلبه جنبه تاریخی.

این ویژگی‌ها، سبب می‌شوند نتوان فقه را در عرض دیگر نظام‌های حقوق وضعی نهاد؛ بلکه در آغاز باید برای امکان مقایسه میان نظام حقوقی اسلام با دیگر نظام‌های حقوقی، وجوه افتراق فقه از حقوق موضوعه و ویژگی‌های منحصر به فرد فقه را کنار گذاشت؛ صرفاً صبغه زمینی - این جهانی قواعد حقوقی اسلام را لحاظ کرد و سپس به ارزیابی میان آن دو پرداخت.

۲. یکی دیگر از پی‌آمدهای ویژگی‌های منحصر به فرد نظام حقوقی اسلام، عدم قطعیت در تعیین محتوای قاعده حقوقی در بسیاری از موضوع‌هاست که موجب می‌شود امکان دستیابی به قانون واحد و قطعی و فراگیر، دشوار و محلّ تشکیک شود.

۳. به نظر می‌رسد رسالت فقه و شریعت اسلامی، امری اعم از هدف نظام حقوق است و چنان‌چه

برای خرد و سیره عقلا، شأن و نقشی مستقل قائل باشیم، گویا بتوان ملتزم به این گزاره و نتایج آن شد که: دین اسلام، در پی انحصارطلبی در عرصه تقنین و قضا نیست و برای نظام تقنینی - قضایی برخاسته از خرد جمعی اعضا و بنای عقلا، احترام قائل است و اداره جامعه و تنظیم روابط حقوقی میان اشخاص و دولت را به خود آنان واگذار نموده؛ اما در برخی موارد دخل و تصرف‌ها و جرح و تعدیل‌هایی وارد آورده و بیش‌تر نظر به پاسداری از ارزش‌های توحیدی - اخلاقی داشته است. روایت مشهوری که اهل سنت از پیامبر گرامی اسلام (درود خدا بر او و خاندانش) گزارش کرده‌اند نیز - در فرض تمامیت سند و درستی انتساب - می‌تواند مؤید این برداشت باشد: «إِذَا أَمَرْتُكُمْ بِأَمْرٍ مِنْ أُمُورِ دِينِكُمْ فُخِّدُوا مِنْهُ مَا اسْتَطَعْتُمْ، وَ مَا كَانَ مِنْ أَمْرِ دُنْيَاكُمْ فَالْيَاكُم، أَنْتُمْ أَعْلَمُ بِشُؤْنِ دُنْيَاكُمْ» (العسکری، ۴۱ - ۴۲؛ مرتضی، ۱۶۹؛ گلپایگانی، ۱۳ و ۱۷).

۴. شاید بتوان چنین نتیجه‌گیری کرد که نظام حقوقی اسلام، نظامی است هم برخاسته از عقل آسمانی (عقل معاد) و تکلیف‌مدار و آخرت‌نگر و دیده‌شده در کنار دیگر اجزای هستی‌شناسی توحیدی و هم همراه با عقل زمینی (عقل معاش) و منفعت‌نگری دنیوی فردی و اجتماعی و هدف‌محور و مقصد‌نگر در رویکرد دنیامدارانه غیر متضاد و نامتناقض با اصول توحیدی - اخلاقی - اخروی (ناصری، ۱۶۷ - ۱۶۸).

تبیین جایگاه مفهوم - نهاد «قانون» در نظام حقوقی اسلام

پس از طرح نکاتی درباره پیوند فقه و حقوق - که بی‌گمان مکفی و مغنی در خصوص آن بحث دامنه‌دار نیست و با پرهیز از تکرار مکررات و به گونه فشرده و تنها در مقام طرح زمینه بحث اصلی در این موضع، به این بحث پرداخته شد - اینک نوبت به ارزیابی جایگاه قانون در حقوق اسلامی می‌رسد تا منبعیت شرع برای تقنین، به درستی درک شود.

مقایسه مفهوم قانون در نظم حقوق موضوعه و نظم حقوق شرعی با رویکرد سنتی

تعریف فنی مورد پیشنهاد نگارنده از قانون در نظام حقوق موضوعه نوشته (نظام قانونی) عبارت است از: «متن قطعی، منسجم و لازم‌الاجرائی که از سوی نهاد عمومی صلاحیت‌دار به نمایندگی از مردم (به عنوان قوه مقننه حاکمیت سیاسی جامعه) و با رعایت تشریفات خاص از پیش تعیین‌شده (معمولاً در قانون اساسی و قانون مدنی)، به مثابه اراده مردم در قالب پیمانی همگانی برای تحقق اهداف حقوق (تأمین نظم و عدالت، پاسداری از حقوق اشخاص و جامعه و اخلاق و جز این‌ها) به تأیید رسیده و از سوی همگان محترم شمرده می‌شود و دارای ضمانت اجرای دنیوی است.» (نیز ر.ک. به: محقق داماد، ۳۳).

اساساً تحقق ارکان و عناصر این تعریف در نظام حقوقی اسلام، - دست کم در قرائت رسمی، غالب و موجود از شرع مقدّس - ناممکن است؛ زیرا:

نخست، به علّت بستگی تام و ناگسستگی محتوای حقوق شرعی متّخذ از دین اسلام با جنبه تاریخی این نظام و شرایط زمانی و مکانی حاکم بر دوره شکل‌گیری فقه و گذشت زمان از عصر نزول و صدور متون اصلی حقوقی، جنبه تاریخی و کهن نظام حقوقی اسلام، دارای غلبه است و این امر، مانع از تحقق ویژگی‌های قطعیت (به لحاظ صدور و سند در خصوص منبع شرعی سنت)، خواهد بود.

دوم، قانون در مفهوم متبادر در حقوق وضعی، اراده انشائی جامعه با نمایندگی منتخبان مردم به سان پیمانی همگانی برای اداره امور و تأمین نظم، عدالت، اخلاق و حقوق فردی و جمعی در روابط اجتماعی است که تنها در سایه مفاهیم «حکومت»، «جامعه»، «دولت»، «قوّه مقننه یا مجلس قانون‌گذاری» و مانند این‌ها معنا می‌یابد؛ حال آن‌که قاعده حقوقی در نظام تشریعی اسلام، اراده خداوند است که فارغ از مفاهیم یادشده، باید اجرا شود.

سوم، ضمانت اجرای قواعد حقوقی در نظام اسلامی، گاه دنیوی و در بسیاری از احکام، اخروی و معنوی است.

چهارم، قانون‌گذار عرفی، نمایندگان مردم هستند و قانون، محصول دموکراسی و قانون‌گذاری، حقّ مردم شمرده می‌شود؛ حال آن‌که در نظام اسلامی، قانون‌گذار تنها خداوند سبحان است و در قرائت سنتی، حتی عقل انسان نیز از این جهت که از اراده الهی کاشفیت دارد، منبع استنباط اراده خداوندی و قانون شرعی، شناخته می‌شود.

مقایسه مفهوم قانون در نظم حقوق موضوعه و نظم حقوق شرعی با رویکرد انتقادی

آن‌چه پیش‌تر گفته آمد، وضعیت موجود و نیز تبیین مطلب بر پایه قرائت رایج و رسمی از نظام حقوقی اسلام بود؛ ولی اگر با رویکردی انتقادی به بازنگری جایگاه و مفهوم قانون در حقوق اسلام پرداخته شود، می‌توان به نتایجی دست یازید که به عدل نزدیک‌تر باشد؛ یعنی هر چیز در جایگاه شایسته خود جای داده شود؛ فقه و شریعت نیز معنون به عنوان «امر» هستند و قاعده منقول - معتضد به خرد - : «العدل یضَعُ الْأُمُورَ مواضعها» (نهج البلاغه، ۱۴۱۴ ه.ق، ۴۹۵). در خصوص این مقوله محترم نیز صادق است و باید رعایت شود. به دیگر سخن، باید در پی راه حلّی برای جمع میان همه مصالح و رعایت موازین خرد، دانش و دین بود. نگارنده را ادّعای گزافی نیست؛ که تنها به اندازه توشه نامقدار خویش از دانش و اندیشه،

می‌کوشد تا راه تازه‌ای باز کند و پاسخ نویی به این پرسش بدهد که: «قانون به معنای یادشده و مورد پذیرش در نظام‌های حقوق وضعی معاصر، در نظام حقوقی اسلام چه جایگاهی دارد؟» و یا: «شریعت اسلامی، چه موضعی در برابر حاکمیت قانون - به ویژه در امور کیفری - بر نظام حقوقی و روابط میان اشخاص با یکدیگر و با دولت دارد؟»

عطف به همه بررسی‌ها و مباحث پیش‌گفته در زیربخش پیشین درباره اصول ۴، ۳۶، ۱۶۷ و ۱۶۹ قانون اساسی، از آن‌جا که پدیده قانون در شکل کنونی‌اش، امری نوپیدا و محصول حاکمیت یک‌پارچه دولت‌های نوین در جوامع معاصر است و این پدیده با این شکل، در دوره تکوین حقوق اسلام موجودیت نداشته و میان حکم شرعی و قاعده اجتماعی لازم‌الاجرا، تغایر مفهومی و مصداقی - به سان آن‌چه امروز هست - وجود نداشته، از این رو، طبیعی است که منابع متنی اسلام، چندان موضع روشنی در برابر این پدیده نداشته باشند. بنابراین باید به منابع غیرمتنی و ادله عقلی - عقلایی رجوع نمود و البته به عموماً شریعت که هم ریشه عقلی - فطری دارند و هم مورد تنصیف شرعی در متون دینی قرار گرفته‌اند. اهتمامی که شارع مقدس به سیره عقلای عصر - در فرضی که با اصول و مبانی توحیدی - اخلاقی دین مبین، منافاتی ندارند - و حکم خرد دارد و نظر به مصالح عالی مورد توجه شارع مقدس - هم‌چون جلوگیری از اختلال نظام، «قاعده ضرورت وجود حکومت» (لَا بُدَّ لِلنَّاسِ مِنْ أَمِيرٍ بَرٍّ أَوْ فَاجِرٍ) (نهج البلاغه، ۱۴۱۴ ه.ق، ۴۸) و رفع عسر و حرج فردی و اجتماعی (نیز ر.ک. به: جعفری هرنندی، ۳۸ تا ۶۷) - رهنمون به این‌گزاره خواهند بود که «قانون» در معنای کنونی، امری است که نه تنها مخالفتی با شرع ندارد؛ بلکه تا جایی که مخالف اصول و مبانی ثابت و غیرقابل عدول و اغماض شریعت در دو چیدمان «توحید» و «اخلاق» نباشد، مورد حمایت و ارشاد شارع مقدس نیز هست. از این رو، موضع نظام حقوقی اسلام در برابر قانون این‌تواند بود که اسلام، با ضرورت وجود قانون واحد که از سوی نمایندگان خردمند جامعه برای اداره امور وضع می‌شود، همراهی دارد و به ویژه در امور کیفری، - با توجه به آن‌چه در زیربخش پیشین و در ارتباط با تفسیر اصول چهارم و ۱۶۷ قانون اساسی گفته شد - ضرورت وجود قانون و رعایت اصل قانونی بودن جرم، کیفر، دادرسی کیفری و اجرای احکام کیفری قابل انکار نیست. برآمد بحث در این‌جا، این‌که: نظام حقوقی اسلام، یکی از منابع نظام حقوق موضوعه حاکم بر کشور و یکی از مصادر تقنین به شمار می‌آید و این مهم در امور کیفری، بنا به علّت‌های پیش‌گفته و ویژگی‌های خاص حقوق کیفری، از اهمیت دوچندانی برخوردار است.

نکته دیگر این‌که پیرامون ضرورت و نیز کیفیت انتساب قانون به شرع، باید گفت: چنان‌چه با نگاه فقه حدّاقّلی به پرسمان نگریسته شود، حجّیت قانون - از طریق عقل - حجّیتی ذاتی است و نیازی به اتّصال به

نقل و وحی ندارد و چنانچه با نگاه فقه حدّاکثری این پرسمان را مورد ارزیابی قرار دهیم، حجّیت و اعتبار شرعی قانون، از طریق نظریه ولایت فقیه یا دیگر نظریه‌های مشابه راجع به مشروعیت سیاسی حاکمیت در فقه سیاسی، لزوم احتراز از هرج و مرج، وجوب پرهیز از اختلال نظام و دیگر عموماتی که نصوص شرعی، - به نحو ارشادی یا مولوی - بر آن‌ها تأکید دارند، قابل توجیه و اتصال به شرع است؛ البته دو مورد خاصّ اخیرالذکر، از راه قاعده ملازمه.

پس از تبیین مفهوم و جایگاه نهاد قانون در نظام حقوقی اسلام، اینک می‌توان گفت: راه جمع میان قاعده قانونی بودن حقوق کیفری و مبانی گوناگون آن - به‌ویژه قاعده قبح عقاب بلا بیان، اصالت حقوق و آزادی‌های انسانی و طبیعی و لزوم آگاهی پیشین، معین و موردی افراد از رفتارهای قابل مجازات برای تحقّق مسئولیت کیفری - با ضرورت اساسی انطباق مقرّرات موضوعه کشور با موازین و احکام اسلامی، این است که احکام یا فتاوی فقهی در دو سطح جرم‌انگاری و تعیین اصل کیفر، تا هنگامی که در قانون انعکاس خاص و موردی نیافته‌اند، نمی‌توانند منبع مستقیم برای دادرسی و مستند حکم قضایی کیفری قرار گیرند. بلکه قانون‌گذار عادی، باید بکوشد با رعایت ضوابط تقنین کیفری (نجفی توانا - مصطفی‌زاده، ۱۵۶ - ۱۶۷)، مصالح اجتماعی و مقتضیات زمان و مکان، - به‌عنوان نمونه و مصداقی - کیفرهای شرعی معاونت در جرم را در قانون مورد تصریح قرار داده و نیز رفتارهای حدّی مقرر در شرع یا فقه را در قانون تعریف، ارکان آن‌ها را تبیین و مجازات آن‌ها را مشخصاً ذکر کند؛ تا هم قاعده قانونی بودن از تعرّض نابجا مصون بماند؛ هم شرط آگاهی عمومی از جرائم برای فعلیت مسئولیت کیفری اشخاص مهیا شود؛ هم از خودکامگی، سردرگمی و یا خطای قضایی احتراز شود و سرانجام این که در راستای تحقّق آرمان مندرج در اصل چهارم ق.ا.، شریعت اسلامی و فرهنگ دینی جامعه ایران نیز مورد حمایت قانون واقع گردد.

نتیجه‌گیری

۱. ماده ۱۲۷ ق.م.ا.، از این حیث که شرع مقدّس را بدون پشتوانه قانون منبع مقدّم و برتر تعیین کیفر معاونت در جرم توسط دادرسی معرفی کرده، با اطلاق و عموم تخصیص ناپذیر اصول ۳۶ و ۱۶۹ ق.ا.، مواد ۲ و ۱۲ ق.م.ا. و قاعده قانونی بودن حقوق کیفری، تعارضی بین، بی‌مبنای موجه و نپذیرفتنی دارد.
۲. ماده ۲۲۰ ق.م.ا. که دادرسان را مکلف کرده در مورد حدود ذکر نشده در قانون، با استناد به منابع یا فتاوی معتبر اسلامی یا فقهی به مجازات حکم دهند، در تعارض آشکار و غیرقابل‌پذیرش با اصول ۳۶ و ۱۶۹ ق.ا.، مواد ۲ و ۱۲ ق.م.ا. و قاعده قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها قرار داشته، نشان‌دهنده این رویکرد قانون‌گذار است که حقوق اسلام، می‌تواند مستقیماً منبعی برای دادرسی کیفری نیز باشد.

۳. با عنایت به موضع برگزیده در گفتمان پیوند میان فقه و حقوق و جایگاه نهاد نوین قانون در نظام حقوقی اسلام و نظر به عقلی - عقلایی بودن مبانی اصل قانونی بودن حقوق جزایی و لسان استثنای پذیر (آبی از تخصیص) اصل ۳۶ ق.ا. و مواد ۲ و ۱۲ ق.م.ا.، جایگاه والا و مناسب شریعت اسلامی و فقه کیفری امامیه، این است که منبعی برای قانون گذاری و نه دادرسی کیفری باشد. تا هنگامی که قانون گذار عادی، در دو سطح جرم انگاری رفتارها و تعیین کیفر برای جرائم، برابر اصل چهارم قانون اساسی احکام شرعی یا فتاوی فقهی را در قانون - به گونه خاص و موردی - انعکاس نداده، دادرس مجاز به صدور حکم به کیفر با استناد به منابع اسلامی یا فتاوی فقهی نیست.

پیشنهادهای

۱. عبارت «شرع» از ماده ۱۲۷ ق.م.ا. حذف شود و چنانچه قانون گذار مقتضی و مصلحت بداند که کیفرهای شرعی برای معاونت در جرم مورد حکم واقع و اجرا شوند، مکلف است آن مجازات ها را با رعایت ضوابط تقنینی (و از جمله: مصالح زمانی - مکانی)، عیناً و به صورتی موردی در قانون قید نماید.
۲. بی گمان ماده ۲۲۰ ق.م.ا.، باید به صورت کامل، حذف شود.

منابع

- آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین، *کفایة الأصول*، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، چاپ اول، ۱۴۰۹ ق.
- اردبیلی، محمدعلی، *حقوق جزای عمومی*، چاپ سی و سوم (ویراست دوم)، تهران، میزان، ۱۳۹۲.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین، *فرائد الأصول*، قم، موسسه النشر الاسلامی، چاپ پنجم، ۱۴۱۶ ق.
- ایروانی، باقر، *الحلقه الثانية فی أصولها الثانی*، تهران، قلم، ۲۰۰۷ م.
- بشیریه، تهمورث، «پاسداشت حقوق اساسی در پرتو تعامل اصول ۳۶ و ۱۶۷ قانون اساسی»، *مجله حقوقی دادگستری*، شماره ۶۲ و ۶۳، تهران، ۱۳۸۷.
- جعفری هرنندی، «اضطراب اجتماعی یا احکام مترتب بر جامعه مضطر»، *فصلنامه فقه و مبانی حقوق*، سال چهارم، شماره ۱۲، تهران، ۱۳۸۷.
- حکیم، محمدتقی، *الأصول العامة فی الفقه المقارن*، چاپ دوم، قم، مجمع جهانی اهل بیت، ۱۴۱۸ ق.
- خوئی، ابوالقاسم، *مبانی تکملة المنهاج*، جلد ۴۱ موسوعة الإمام الخوئی، چاپ اول، قم، مؤسسه احیاء آثار الإمام الخوئی، ۱۴۲۲ ق.
- سبزواری، عبدالأعلى، *تهذیب الأصول*، چاپ دوم، قم، مؤسسه المنار، ۱۴۱۷ ق.
- شعبانی، مهدی - محبان، مسعود، «شمار جرائم حدی در حقوق کیفری امامیه؛ علل تکرر آراء و ضرورت احصاء»،

- فقه و اصول، شماره ۱۰۷، دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، زمستان ۱۳۹۵.
- شهید ثانی، زین‌الدین بن علی، **مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام**، قم، مؤسسه المعارف الإسلامية، چاپ اول، ۱۴۱۳ ق.
- صدر، محمدباقر، **بحوث فی علم الأصول**، چاپ اول، بیروت، الدار الإسلامية، ۱۴۱۷ ق.
- عسکری، مرتضی، **معالم المدرستین**، بیروت، مؤسسه النعمان، ۱۴۱۰ ق.
- علامه حلی، حسن بن یوسف، **قواعد الأحکام فی معرفة الحلال والحرام**، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۳ ق.
- قانون احترام به آزادی‌های مشروع و حفظ حقوق شهروندی مصوب ۱۳۸۳/۰۲/۱۵
- قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران
- قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۸۵/۱۰/۲۴
- قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲/۱۲/۰۴
- قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲/۰۲/۰۱
- قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰/۰۵/۰۸
- کاتوزیان، امیرناصر، **قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی**، تهران، میزان، چاپ شانزدهم، ۱۳۸۶.
- گلپایگانی، لطف اله، **الأحكام الشرعية ثابتة لا تتغير**، قم، دارالقرآن الکریم، چاپ اول، ۱۴۱۲ ق.
- گلدوزیان، ایرج، **محشای قانون مجازات اسلامی**، چاپ اول، تهران، مجد، ۱۳۹۲.
- محقق داماد، مصطفی، **قواعد فقه**، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ دوازدهم، ۱۴۰۶ ق.
- مرتضی، جعفر، **الصحيح من سيرة النبي الأعظم**، بیروت، دارالهدی، چاپ چهارم، ۱۴۱۵ ق.
- مظفر، محمدرضا، **أصول الفقه**، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، چاپ پنجم، ۱۴۳۰ ق.
- مکارم شیرازی، ناصر، **أنوار الأصول**، قم، مدرسه الامام علی بن ابی طالب (ع)، چاپ دوم، ۱۴۲۸ ق.
- منصورآبادی، عباس، **تقریرات حقوق جزای عمومی (۱)**، شیراز، دانشگاه شیراز، ۱۳۸۵.
- موسوی اردبیلی، عبدالکریم، **فقه الحدود و التعزیرات**، قم، مؤسسه النشر لجامعة المفید، چاپ دوم، ۱۴۲۷ ق.
- ناصری، حسین، «درآمدی بر ارتباط فقه و حقوق»، **مطالعات اسلامی** (ویژه فقه و حقوق)، شماره ۶۴، مشهد، ۱۳۸۳.
- نجفی توانا، علی - مصطفی‌زاده، فهیم، «جرم‌انگاری در نظام کیفری جمهوری اسلامی ایران»، **مطالعات فقه و حقوق اسلامی**، شماره ۸، ۱۳۹۲.
- هاشمی، حسین، «بررسی تعارض اصل ۱۶۷ قانون اساسی با اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها»، **نامه مفید**، شماره ۲۶، قم، ۱۳۸۰.

Table of Contents

The Translation Movement and its Effect on the Validation of Conjectures	9
Ahmad Ibrahimi Zadeh - Dr. Ali Jalaieian Akbarnia - Dr. Mohammad Mirzaei	
Critical Analysis of the Jurists' Arguments for "Killing", "Slavery", Mann (release without exchange) and Fedaa (release with exchange) of the Prisoner of War	31
Dr. Javad Iravani - Dr. Sayyed Mohammad Hassan Mousavi Khorasani	
The Proofs of Prohibition of Establishing a New Jurisprudence	51
Marzieh Fath Abadi - Dr. Sayyed Javad Khatami Sabzevari - Dr. Fatemeh Rajaei - Musa Hakimi Sadr	
Investigating the Possibility of Stipulation of the Trustee's Liability in the Mudarabah Contract and Banking Profit and Loss Sharing Contracts from a Legal and Jurisprudential Perspective (Imamia and Sunni)	73
Dr. Sediqe Sadat Faqih - Dr. Hossein Naseri Moghaddam - Dr. Ali Asghar Abolhasani	
Historical Analysis of the Rule of Non-Permissibility of Stipulation of Option in Unilateral Legal Acts with an Approach to Saheb Orwa's Critical Opinions	99
Dr. Sayyed Ali Jabbar Golbaghi Masuleh - Dr. Abbas Ali Soltani - Dr. Mohammad Taghi Fakhlaei	
The Taaziri Nature of the One-third in Excess of the Blood Money in the Blood Money Increase Law	123
Dr. Mohsen Malek Afzali Ardakani	
The Feasibility of Applying the Conceptual Metaphor Theory in the Analysis of Usul al-Fiqh Issues	141
Dr. Saied Nazari Tvakoli - Masoud Jahandoust Dalenjan	
Intensional-critical Analysis of the Place of Religion in Criminal Legislation and Proceedings from the Viewpoint of the Relation between Jurisprudence and Law	163
Dr. Amir Vatani - Dr. Ahmad Bagheri - Dr. Mahdi Shaabani	

In the Name of Allah



Journal of Fiqh and Usul

Vol. 52, No. 2: Issue 121, Summer 2020

ISSN-Print:2008-9139

ISSN-Online:2538-3892

License Holder

Ferdowsi University of Mashhad

Address:

Faculty of Theology and Islamic Studies
Ferdowsi University of Mashhad Campus
Azadi Sq. Mashhad – Iran

Zip Code: 9177948955

Tel: +98 (51) 38803863

Managing Editor & Editor in Chief

Dr. M.T. Fakhla'i

Executive Director

Hussain Zekavatizadeh

Translation of Abstracts

Dr. Sayyad Mohammad Hadi Ghabooli

Editorial Board

Dr. A. A. Īzādifard

Prof, Dept of Law, Māzandarān Univ

Dr. A. Baqirī

Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, Tehrān Univ

Dr. M. H. Hā'irī

Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

Dr. H. Sābirī

Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

Dr. M.T. Fakhla'i

Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

Dr. S M.T.Ghabooli Dorafshān

Associate Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

Dr. Jalīl Qanavāti

Associate Prof, Qum Pardis, Tehran University

Dr. Lynda Clarke

Prof. of Religion, Concordia University, Canada

Dr. S M. Muhaqqiq Dāmād

Prof, Dept of Law, shahīd Bihishtī Univ

Dr. H. Nāsirī Moghadam

Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM



FERDOWSI UNIVERSITY OF MASHHAD

Journal of Figh and Usul



Faculty of Theology and Islamic Studies

ISSN-Print: 2008-9139

ISSN-Online: 2538-3892

Vol. 52, No. 2: Issue 121, Summer 2020

FERDOWSI UNIVERSITY OF MASHHAD PRESS